

Hofacker, Karl Christoph,

Opuscula iuridica

Stuttgardia 1804

Jur.opp. 32

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571291-1

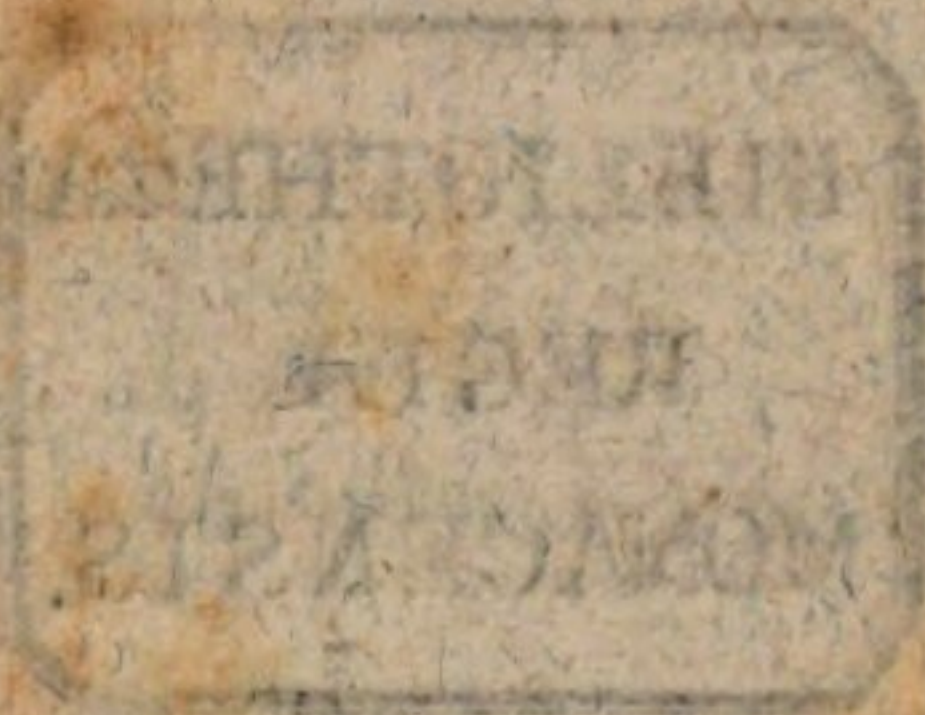
Jur Gyps 32

Juris per.
Gyps. Jltom

CAROLI CHRISTOPHORI HOFACKER

OLIM PROFESSORIS TUBINGENSIS

OPUSCULA JURIDICA



COLLECTA EDIDIT

LUDOVICUS GUILIELMUS HOFACKER

AUCTORIS FILIUS,

PARS PRIOR.

STUTTGARDIAE

APUD JOH. BENEDICT METZLER

MDCCCLV.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Friderico Secundo

Duci Würtembergiae, Sacri Romani

Imperii Archivexillifero et Electori,

Duci Tecciae, *rel, rel.*

Devotissimi animi pietate

Dicat, Censcrat

Lud. Guil. Hofacker.

Friderico Secundo

Imperatoris Augustissimi. Sacri Romanorum Imperii Archicamerarii et Electoris.

Das Teutsche, etc.

Imperatoris Augustissimi. Sacri Romanorum Imperii Archicamerarii et Electoris.

Das Teutsche, etc.

Imperatoris Augustissimi. Sacri Romanorum Imperii Archicamerarii et Electoris.

P R A E F A T I O.

Minora defuncti Patris opuscula publicaturo, praeter vulgarem curam, duae potissimum partes imposita mihi videbantur, scilicet ut delectus fieret eorum, quae integra Patris essent, nulla extranei admixta opera; tum ut in iis, quae jam proferrem, *utilitatis* ratio constaret.

Quarum quidem *priori* satisfactum esse, in stilo fides sit. At de servata ratione utilitatis praemonenda quaedam videntur. Nimirum Pater, quum de *nova methodo* docendi juris romani secum constituisset, ne temere quid novatum videretur, novi ordinis causam et rationem scriptis aliquot, prelo vulgatis, exposuit. Quo referendi tractatus: Entwurf einer systematischen Methode im Vortrage des ungemischten römischen Rechts (Göttingae 1771.) et Tabulae synopticae Juris romani (ibid. eod.) quippe qui ambo eo potissimum comparati sunt, ut tam generatim *commoda* methodi in docendo jure romano systematicae, quam quem *ipse* ordinem propositurus esset, indicis vice declararent.

Quemadmodum vero de methodi systematicae praestantia nostro aevo plenior consensus et conjecta quodammoda causa est, ordinis vero a Patre inventi ratio in Compendio ejus Institutionum et Pandectarum latius explanata habetur: ita, quos dixi tractatus, quasi perfectos vice sua, noviori prelo submittere nolui.

Reliqua vero Patris opuscula, nunc primum edenda partim, Tomus posterior comprehendet: cui, quo fit expeditior usus in rerum tractatarum varietate, index ad calcem adjicietur.

Tantum de ratione instituti. Quod reliquum est, *vulgata denuo vulgasse* nihil excuso. Benigna enim scriptorum Patris apud peritos artis existimatio; ut adeo, quae dispersa dilitescerent, in unum redacta doctorum usui accommodare, eoque Patris memoriae aliquid dare munusculo, officii illud, hoc pietatis esse videretur.

Dabam Ludwigsb. mens. Jun. 1804.

Lud. Guil. Hofacker

Seren. Electori Würtemb. ab epist.

Series Dissertationem.

- De originibus et fatis successionis ex jure Primogenitu-
rae in familiis illustribus Germaniae - - - I.**
**De Jure consuetudinis secundum doctrinam juris natu-
ralis et romani - - - - - 113.**
De Efficacia Statutorum in res extra territorium sitas 177.
De Praerogativa pignorum publicorum - - - 231.
-

De originibus et fatiis
Successionis ex jure primogeniturae
in familiis illustribus Germaniae.

Gottingae 1771.

C O N S P E C T U S.

I. De Indole *individua* et praerogativa *maioris aetate* quoad Successionem in territoria Germaniae. (*Pars I*).

A) Historia vindicatae in illa Successionis *hereditariae*. (*Cap. I.*)

Proceres Germaniae 1) praeter propria patrimonia 2) *Officia* et *dignitates* habuerunt a) ab arbitrio Regum pendencia, §. 1. b) beneficiis deinde precariis instructa, §. 2. c) denique vero jure hereditario vindicata; §. 3.

quod patet ex historia 1) beneficiorum militarium, §. 4. 2) Dignitatum regni a) maiorum, praecipue Ducum Palatinorum, §. 5 — 7. b) minorumque, §. 8.

B) *Modus* succedendi in genere (*Cap. II.*)

a) aut *communis* est,

1) in *Allodiis* primum servatus

a) *Communio* sc. §. 9. 10.

b) aut *Divisio* plena, §. 11. et minus plena. §. 12.

2) quod idem quoque ab *beneficia militaria* transiit. §. 13.

b) aut *specialis* ex praerogativa aetatis. §. 14.

C) Successio ex praerogativa aetatis in specie,
(*Cap. III.*)

2) *Antiqua*: ex ipsa Reip. Germ. formula
(*Sect. I.*) obtinuit

in Dignitatibus et possessionibus illis
adhaerentibus, §. 15. α) nondum pleno
successionis jure translatis, §. 16. β) ple-
no jure ad heredes transeuntibus; §. 17.

quae omnia demonstrantur exemplis

a) Advocatiarum ecclesiasticarum, §. 18.

b) Feudorum castrensiarum, §. 19. c) Do-

minii quarundam civitatum, §. 20. prae-

cipue vero d) *Dignitatum Regni*, §. 21.

quarum historia 3 periodis absolvitur:

1) *Individa* earum quoad Successionem in-
doles (§. 22.) ita obtinuit, ut

α) vel *plures* dignitates inter singulos he-
redes distribuerentur, §. 23. vel

β) in *unam* maior aetate succederet,

veluti in a) *Ducatus* Austriae, §. 24.

et Lotharingiae, §. 25. b) *Electoatus*,

§. 26. c) *Landgraviatus* Thuringiae,

§. 27. Leiningensem, §. 28. Alfatiae,

§. 29. Comitum filvestrium, §. 30.

Burggraviatus Norimbergensis, §. 31.

d) *Comitatus* generatim, §. 32. spe-

ciatim Flandriae, §. 33. Luxemburg,

§. 34. Clivensem, §. 35. Juliacen-

fem, §. 36. Sabaudiae, §. 37. Gel-

driae, §. 38. Saraepontanum, §. 39.

Spanheim, §. 40. Sayn, §. 41. et

Nassau, §. 42. e) dignitates *minores*,

§. 43.

- 2) Invadunt dignitates *Successionis communis* principia; §. 44.

quod demonstratur exemplo a) *Electorum* in genere, §. 45. in specie *Bavaro-Palatini*, §. 46. *Saxoniae*, §. 47. *Brandenburgici*, §. 48. b) *Comitatum*, §. 49. c) *Landgraviatum*, §. 50. d) *Ducatus Austriae*, §. 51. e) dignitatum *minorum*. §. 52.

- 3) *Restituta pristina formula* in terris *Electoralibus* originariis, §. 53. non tamen in *novis Accessionibus*; §. 54.

quod obtinuit a) in familia *Palatina*, §. 55. b) *Saxonica*, §. 56. et c) *Brandenburgica*. §. 57.

- 3) *Nova* ex rationibus politicis conservandarum familiarum introducta est; §. 58. (*Sect. II.*) eique

- 1) *via parata* fuit §. 59.

a) *generatim* a) per destinationem ad *Clericatum*, §. 60. b) per prohibita *matrimonia postgenitorum*, §. 61. c) per *dispositiones paternas speciales*; §. 62.

quibus vero conatibus eventus saepissime non respondit. §. 63.

β) *speciatim* a) in terris *communibus*, §. 64. b) *divisis*. §. 65.

- 2) Excipiunt hos conatus *normae generales* de uniendis terris, et *Successione* majoris aetate, cuius

a) *Initia* a) *saec. XIV.* exigua, §. 66. b) *laetiora saec. XV.* §. 67.

- β) *Succensus* a) magni faec. XVI. adiuvantibus regulis juris publici antiquati, §. 68.
b) maximi faec. XVII. et XVIII. §. 69.

II. De Ordine Successionis ex praerogativa aetatis, (*Pars* II.)

A) Generalia,

- α) de *fontibus* doctrinae, non ex peregrinis, §. 70. sed domesticis principiis hauriendis, §. 71.
β) de *Indole* Ordinis succedendi ex praerogativa aetatis, §. 72.

B) Speciatim.

1) de Successione *Descendentium*,

a) *primi* gradus, §. 73.

b) *ulteriorum* graduum,

a) cum *gradu proximioribus* concurrentium; secundum Successionis communis doctrinam (§. 74.) ex jure *devoluto* aestimata; §. 75.

nisi aliud ex *speciali* conventionne obtinuerit. §. 76.

b) in *aequali gradu* constitutorum. §. 77.

2) de Successione *Collateralium*, §. 78.

α) *primi* gradus, §. 79.

β) *ulteriorum* graduum,

a) ex *praerogativa* gradus aestimata,

a) concurrente patruo cum filiis ex fratre seniore, §. 80.

b) agnatorum remotiorum. §. 81.

b) deinde ad rationes *juris civilis* efformata, §. 82.

c) denique vero ad *Successionem linealem* reducta. §. 83.

Pars Prima.

DE INDOLE INDIVIDUA, ET PRAEROGATIVA MAIORIS AETATE, QVOAD SUCCESSIONEM IN TERRITORIA GERMANIAE.

Cap. I.

HISTORIA VINDICATAE IN ILLA SUCCESSIONIS HEREDITARIAE.

§. I.

I) *Praeter propria patrimonia, Procere Germaniae officia et dignitates habuerunt a) ab arbitrio Regum pendentia.*

Ab illo inde tempore, quo in unius Reipublicae compagem coierat Germania nostra, eam usque servavit regiminis formulam, ut, servatis Regumque liberalitate subinde adauctis Ducum gentium devictarum, eorumque, qui altiori inter illas loco nati erant, patrimoniis, sollemne quoque esset Nobilibus ingenuisque, operas suas tum in agenda dirigendave militia, tum in aulae regiae splendore exornando, tum in Iustitia administranda aliisque Reipublicae partibus subeundis collocare (a). Quibus officiorum aliquod demandarent Reges, liberum illimitatumque penes eos arbitrium, prout quisque meritis nataliumve splendore polleret: nulla, quae necessitatis jure competeret, hereditaria successio.

(a) Inde quoque *Ministeriales Reipublicae; ministeriales palatini et Regi in palatio deservire* dicuntur in Ca-

pit. de Ministerialibus palatinis ap. Baluz. Capit. T. I. pag. 340. et Capit. d. a. 802. Ibid. p. 333. 338. Cf. quoque du Fresne in Gloss. T. IV. p. 775.

§. 2

b) deinde beneficiis precariis instructa.

His ita constitutis, de devinciendis his regali ministerio arctiori nexu cogitatum; quo factum est, ut lautissimis illi, intuitu gestorum gerendorumve ex fide officiorum, ornarentur beneficiis: opus saluberrimum tanto futuro imperio, cum quo amice conspirabat Reipublicae germanicae genius, ut, praeter id, quo quisque sub tutamine regio fruebatur, proprium patrimonium, singulari quoque Regis munificentia devinctum se sciret, qui partes aliquas Reipublicae gubernandae sive defendendae susceperat, Dux, Comes, Officialis, Miles. Neque vero defuit conferendorum horum munerum occasio, cum, etsi numerorum raritate, quod ferebant istorum temporum rationes, laborabat patria, abundaret tamen bonis publicis, quae, dum sub certa ususfructus inde percipiendi lege concederentur, peculiarem nata sunt naturam nomenque peculiare *Beneficiorum*, pro varia officiorum indole, praefectorialium, palatinorum, militarium. Neque tamen hoc quidem tempore, ut quis vasallus constitueretur, opus fuit beneficii concessione (*b*), neque, si concessum esset, hereditaria transmittabatur successione (*c*).

(*b*) Cf. *Bouquet Droit publ. de France* p. 120.

(*c*) Id enim sequiori demum aevo in necessitatem abiit, cum, quae sola olim ad servitia obeunda sufficiebat personalis vasalli obligatio, in realem transiisset, intuitu beneficii concessi praestandam: quam inter beneficia antiquiora et feuda distinctionem odo-

ratus est *Muratori* in *Antiq. Ital.* T. I. Diff. XI. p. 549. solide vero exposuit G. L. *Böhmer* in *Observ. II. de feudis ex veterum Francorum beneficiis enatis, Ejusd. Observationibus Juris feudalis inserta,*

§. 3.

c) *denique vero jure hereditario vindicata; quod patet ex historia.*

Effecit vero servata antiquitus Germanis mira in filios patrum, bene de re publica meritorum, propensio, ut non nisi urgente salutis publicae necessitate auferrentur filiis paterna munera, et, quae a sola Regis liberalitate expectanda erat, beneficiorum possessionem propitio quasi jure sibi vindicarent vasallorum heredes. Insignem hanc mutationem fundamentum facile princeps conversae rerum patriarum faciei jamdudum constituere peritiores harum rerum aestimatores (d); ex quibus unum id ad rem nostram notasse sufficit, quod, quae olim jure tantum officii, datis ut plurimum in fidei praestitae praestanda eve remunerationem beneficiis, exercebantur munia, jam intuitu bonorum beneficiariorum exercerentur: quod cum in feudis militaribus evenisset, idem quoque felici successu egerunt maiores minoresque regni Officiales, jura regalia in Provinciis primitus vi officii sibi demandati, deinde vero, auctis quoque insigniter rebus lautissimorum patrimoniorum beneficiorumque accessione, jure reali, in superioritatem territorialem sensim sensimque degenerante, administrantes.

(d) Quantum praecipue inde accesserit augmenti nascenti, quam vocant, superioritati territoriali, unus instar omnium consulendus est D. G. *Struben* T. IV. der *Nebenst. Abh.* XXII. §. 22.

§. 4.

1) *beneficiorum militarium.*

Quod quomodo evenierit, exposituri primo loco de beneficiis militaribus videamus; in quibus mox expressa sanctione firmatum fuit, quod in caeteris regni dignitatibus nonnisi usu perpetuo servatum in tacitam legem abiit. Effectum inde est, ut, quae olim jure officii debebantur, beneficia, nunc jure hereditario, antea negato, in successores, sub lege agenda militiae, iam cum ipsis praediis connexae, transfirent. Regum in his concedendis liberum olim fuisse arbitrium, patet. Vindicavit id certe majestati regiae expressis Legum sanctionibus Carolus Magnus (e), quam vix ac ne vix quidem sustinuit, profusus rerum avitarum nunquam recuperandarum largitor, qui successit patri, filius Ludovicus (f). Ut vero filiis plerumque cederent paterna beneficia, ipse auctor fuit Carolus Crassus Imp. (g) quod quamquam ex nova semper concessione fieri soleret, factum tamen inde est, ut nonnisi renitentes arcerentur filii, eaque consuetudo tam altas radices egit, ut, quam in feudis Italicis speciali sanctione constituerat successionem hereditariam Conradus Salicus Imp. (h) perpetuo quoque usu servatam urgente quasi jure sibi vindicarent Germaniae vassalli (i).

(e) *Cap. Noviomag. d. a. 806. in Capitul. Ansegis. L. III, c. 19. 20. ap. Georgisch C. J. g. p. 1350. „Auditum habemus, qualiter et Comites et alii homines, qui nostra beneficia habere videntur, comparant sibi proprietates de ipso nostro beneficio.“*

(f) *Thegan. c. 19. ap. Bouquet. Scr. Rer. Gall. T. VI. p. 73. „In tantum largus, ut antea nec in antiquis libris nec in modernis temporibus auditum est*

ut villas regias, quae erant sui et avi et tritavi, fidelibus suis tradidit eas in possessiones sempiternas."

(g) Capit. ap. Carisiac. d. a. 877. c. 9. ap. Baluz. T. II. p. 263. et Addit. c. 3. p. 296.

(h) Quam exhibet *Libris quoque feudalibus* (L. V. Const. I.) insertam *Muratori* in *Antiq. Ital. med. aev.* T. I. p. 609.

(i) Successionem legalem filii in beneficia patris refert *Auct. Vet. de Benef.* §. 24. (circa medium saec. XVII.) ap. de *Senckenberg* C. J. G. T. II. S. II. p. 195. idemque testantur verba *Wipponis* in *Vit. Conr. Sal.* p. 430. „Militum animos in hoc multum attraxit, quod antiqua beneficia parentum nemini posterorum auferre sustinuit“ Cf. G. L. *Böhmer* in *Libr. sing. de Indole et natura Expect. et Invest. feud. et de huj. Renovat.* c. 3. §. 61. p. 87.

§. 5.

2) *Dignitatum regni* a) *majorum, praecipue Ducum, a) usque ad extinctam stirpem Carolingicam.*

Quod ad dignitates regni pertinet, vetustissima certe, quae exstant, rerum germanicarum monumenta insignem nobilitatem aut magna patrum merita Principis dignationem etiam adolescentulis adsignasse docent; (k) quid mirum itaque, si magistratuum regni et ministrorum aulae regiae officia, accedente regis consensu, in filios, meritis paternis conspicuos, transfirent; dederunt id Reges victiae quoque a se gentis genio, dummodo, ne in pronam quaevis audendi licentiam excreceret Procerum regni auctoritas, caverent. Fecit vero id Carolus, Magni nomine jure meritoque insignitus, sagacissimi ingenii princeps, idemque majestati regiae, quam qui maxime, intentus, cum totus in eo esset, ut auctoritatem Ducum, quam segne Merovidarum regimen aluerat, et a quibus nihil non stirpi regna-

trici, vitio nuper creatae, imminere periculi justo ratiocinio crediderat, non reprimeret tantum, sed et, quod feliciter cessit, sensim sensimque enecaret. Sustinuit quidem compagem Reipublicae, mole sua jamjam laborantis, inferior longe ingenio paterno, idemque a clero Pii blando nomine insignitus, Ludovicus, sed, cum auctoritati Procerum mirum quantum mancipatus esset, majora indies incrementa cepit id, a quo caverat sibi patris provida mens. Palatii certe regnique gubernandi curam, ea, et, quae mox sequebatur, aetate, filiis plurimum cessisse, testes locupletissimi sunt *Hincmarus* (l), et ipse Ludovici filius, *Carolus* cognomine *Calvus* (m). Abiit deinde is mos in Franciae occidentalis praecipue ditionibus tanto citius in consuetudinem perpetuo usu servatam, quanto majorem sibi facile sumere poterant potestatem Proceres regni, intestinis discordiis paene subversi; unde evenisse quoque videtur, ut firmis in his oris niteretur fundamentis assertum sibi a Proceribus jus hereditarium, eo quidem aevo, quo reprimendae huic licentiae non impar esset, retrograda quidem, germanicorum Regum auctoritas.

(k) *Tacit. de morib. German. c. 13.*

(l) *Epist. III. in Operib. Ejusd. Ed. Sirmond. T. II. „de his, quos tempore Domini. Ludovici Imp. vidi Palatii procuratores et Regni praefectos neminem scio esse superstitem. Scio tamen, de illorum nobilitate natos pro patribus filios — quatenus merito patrum loca et officia suppleant, et se in ipsa suppletionem caute custodiant.“*

(m) *Capitular. Tit. LIII. c. 3. sub. fin. „Si Comes de isto regno obierit, cujus filius nobiscum sit, filius noster cum ceteris fidelibus nostris ordinet de his, qui eidem Comiti plus familiares propinquiore fuerunt, qui cum Ministerialibus ipsius Comitatus, et cum Epi-*

scopo, in cujus parochia fuerit ipse Comitatus, ipsum Comitatum praevideant, usque dum nobis renuntietur, ut filium illius, qui nobiscum erit, de honoribus illius honoremus." Cf. ad haec *du Fresne Gloss.* T. I. p. 1076. Historiam assertae successionis in Bavariae Comitatus, et quam inique acceperint negatam sibi illam filii defuncti Comitis, narrant *Annal. Fuld.* ad A. 884. Cf. quoque *Regino* ad A. 876.

§. 6.

b) usque ad Fridericum I.

Sed mirum, quantum paullo post Germaniae facies conversa fuerit, restitutis quippe, vergente ad interitum Carolidarum stirpe, jure quasi postliminii, Ducibus illis, quos Carolus M. everterat. Hi enim, arctiori nexu cum gente curae eorum commissa conjuncti (*n*), populorum Germanicorum Antistites dici merentur (*o*), qui non militiae tantum curam sub auspiciis caesareis gererent (*p*), receptis per vexillum e manu regis provinciis sibi concreditae (*q*), sed et, unde plurimum eorum auctoritati accessit, gentis suae partes in eligendo rege aliisque negotiis publicis susciperent (*r*). Ea vero eximia plane auctoritate cum pollerent, aequam sibi quidlibet audendi potestatem sumere coeperunt, auctoritatis regiae facile contemptores: unde evenit quoque, ut successionem in illas dignitates hereditariam saepissime sibi affererent; quae effrenis licentia, favente ferrea ista aetate, tanquam inter perpetua fortunae obsequia, tanto altiores radices egit, quanto infirmiores reprimendae ei justo saepius se sentirent imbecilles animo, aut perpetuis arduisque cum exteris bellis distracti, aut infelicissimis denique Pontificum romanorum machinationibus oppressi, Germaniae Reges. Quantum moliminibus

hisce passum sit decrementi regium in his muneribus conferendis arbitrium, vel inde videri potest, quod, ineunte saeculo X. jus hereditarium in Ducatum Saxoniae, *ipsa gente sua id suadente*, vindicare sibi jure perfecto nullus dubitaret Henricus, Ottonis Ducis Saxoniae, filius, idque invito rege Conrado, itrenuo quidem, sed potentia inferiore jurium suorum vindice (s). Armato itaque saepe jure persecuti sunt potentiores, quod perfecto ipsis non debebatur, nisi falso illos circa jus hereditarium perpetuo usu servatum ratiocinio seductos fuisse dixeris; unde factum quoque fuisse arbitror, quod scriptores coevi per quamvis fere paginam de *vindicata successione hereditaria*, *asseruntque jure hereditario* loquantur, quod tamen a regis potissimum arbitrio penderet. Sed, uti fit, ut in necessitatem mox abeat liberale nimis arbitrium, nonnisi aegre eximebatur mentibus, quae diu haesit, opinio. Ea certe, quae hanc mox sequebatur, aetate non raro contradictum fuisse Regibus, historiae docent (t), quod tandem in turbida bellis intestinis, patriam misere discerpentibus, aetate, magis magisque firmatum in formulam regiminis abiit, quam mutare, renitente populo, Regi integrum amplius non esset. Accidisse insignem hanc rerum mutationem circa saeculi XII. medium, non parum roboris inde accipit opinio, quod eo tempore Austriae Duces, inter alia privilegia cum Ducibus palatinis aequalia, jus quoque hereditarium plenum acceperint (u).

(n) Arctissimum Ducis cum gente sua nexum vel id docet, quod electio illius penes eam, confirmatio penes Regem esset. In *Bavaria* id juris viguisse, antiquissima historiarum monumenta demonstrant, veluti *Lex Bajuvar.* c. X. §. 1. 4. ap. *Georgisch C.*

J. G. p. 268. sq. quae dispositio, quamquam cum ipso Ducum interitu in desuetudinem abierit, restituta tamen postea iterum fuit. Vid. *Adelbold. Vit. Henr. n. 10. ap. Leibnit. Script. Rer. Brunsv. T. I. p. 433. Ditmar. Merseb. L. VI. ap. Eund. p. 368. Lambert. Schaffnab. Ed. Pistor. p. 81. de Ekkehardo, communi totius populi electione Thuringiae duce facto, testatur Ditmarus l. c. p. 366. de Saxonia Auct. Vit. Meinwerc. c. 20. de Suevia Ekkehard. Jun. de casib. Monast. S. Gall. c. 1. ap. Goldast. Rer. Alemann. T. I. p. 18.*

(o) Magnifica eorum Jura summatim exposuit *Frid. Imp. in A. B. Archiepiscopo Colonienfi data, cum partem Ducatus Westphaliae et Angariae ipsi concederet A. 1180. ap. Aegid. Gelen. de admir. Colon. Agripp. magnitud. p. 74. Terra enim illa datur „cum omni Jure et Jurisdictione, videlicet cum Comitatus, cum Advocatiis, cum Conductibus, cum Mansis, cum beneficiis, cum Ministerialibus, cum Mancipiis etc.“ Praestitae vero iis comis reverentiae ab Episcopis et Comitibus exhibet documentum Auct. Vit. S. Gerard. Abb. Broniens. §. 21. in Annal. Benedictin. Saec. V. p. 266.*

(p) In eo enim constitisse ab ultimis inde Reipublicae germanicae originibus, Ducum officium, docte exposuit *Jo. Dan. Schoepfflin in Alsat. Illustr. T. I. p. 214. 312. 346. eaque formula servata fuit, cum Principes ecclesiastici et saeculares, Comites, Ingenui, ceterique Ducem in militiam euntem armati armatisque stipati sequi tenerentur. Eximiam huic fidem facit, quod narrat Wippo de vita Conrad. Sal. in Pistor. Script. R. G. Ed. Struv. T. III. p. 435. „Dux (Sueviae) Ernestus — confusus in multitudine militum — habito colloquio cum suis primum monuit eos fidei sacramentaliter promissae, dehinc hortabatur eos, ne illum desererent, ne honorem suum perderent. — Talia dicenti duo Comites, Fride-ricus et Anselmus pro ceteris respondebant, hoc modo: Nolumus inficiari, quin vobis fidem firmiter promitteremus contra omnes, praeter eum, qui nos vobis dedit. Si servi essemus Regis et Imperatoris nostri, et ab eo jure vestro mancipati, non nobis liceret a vobis separari, Nunc vero quum liberi simus,*

et libertatis nostrae summum defensorem regem et Imperatorem nostrum habeamus; ubi illum deserimus, libertatem amittimus. — Quod quum ita sit, quidquid honesti ac iusti a nobis exquiritis, in hoc parere volumus vobis; si autem contra hoc vultis, illuc revertemur liberaliter, unde ad vos venimus conditionaliter.“

(q) Otto Frising. († 1158.) L. II. c. 5. „Est consuetudo curiae, ut provinciae per vexillum a Principe tradantur vel recipiantur“ idemque continetur fabulosa ceteroquin, antiqua tamen vestigia rei certae referente recensione *Jur. Prov. Saxon. juxta Cod. Quedlinb. Art. CXLIV.* eademque tot verbis repetita in *Jur. Prov. Alamann. c. 20. ap. de Senckenberg Corp. Jur. Germ. T. II. p. 30.* „In deutschen Landen hat jegliches Land sein Pfalzgraffen, Sachsen hat ein. Beyren hat ein. Franken hat ein. Schwaben hat ein. Dese vier Land waren hievor alles kunigreich. Das geschach, do Julius zu rom kunig ward und deutsche land bezwang. Da wolt Julius nicht das über alle deutsche lande und römisch reich mer kunig were dann er allein. Seid her wandelt man inen den namen und heißt sy herzogen do sy die römer bezwungen. Doch behielten sy die Fürsten ze man, unnd die vanlehen unter den mannen“ (Namen)

(r) Quaenam eorum fuerint in eligendo rege partes, magno eruditionis adparatu exposuit *de Olenjch-lager Erläut. der Gold. Bulle §. XII - XLIV.* Notatu vero quam maxime dignum est, consensum suum in electionem Lotharii Saxonis negasse Bavariae Proceres, „sine duce Bawarico, qui aberat, nihil de rege se diffinituros“ asserentes in *Narrat. de Elect. Lothar. Sax. ap. Eckhart in Quatern. vel. Monum. p. 46.*

(s) *Witichind. Annal. L. I.* — Duce Ottone defuncto — filio Henrico totius Saxoniae ipse reliquit ducatum. Rex autem Conradus, cum saepe expertus esset virtutem novi Ducis, veritus est, ei tradere omnem potestatem patris. Quo factum est, ut indignationem incurreret totius exercitus Saxonici. — Saxones suadebant Duci suo, ut si (Conradus) honore paterno eum nollet sponte honorare, rege invito, quae vellet, obtinere posset.“

(t) Motus in *Bavaria* ortos, cum collaturus erat Rex fratri ducatum, exclusis Arnulfi mali filiis refert *Witichind* L. II. p. 17. et *Herm. Contr.* ad A. 937, 938. Cf. quoque *Otto Fris. in Chron.* L. VII. c. 26. et in *Libr. de gest. Frid. I.* L. I. c. 43.

(u) Diploma exhibet ex origine *de Senckenberg* in libello: vom lebhaften Gebrauch des uralten deutschen bürgerlichen- und Staatsrechts. p. 123. Vid. tamen dubia, quae authenticæ ejus movit *de Selchow Jurist. Biblioth.* T. I. p. 104. sq.

§. 7.

c) post *Frideric I.* usque ad extinctos duces *Palatinos*.

Omnis vero antiquorum horum Ducatum ratio evanuit, cum aemula illorum *Friderici I. Imp.* auctoritas, proscripto *Saxoniae* duce, *Henrico Leone*, totam ejus compagis formulam solvisset, constitutis quippe novis *Bavariae* et *Saxoniae* ducibus, qui nomine quidem, non tamen dignitate pristina pollerent (v). Sic emancipati quasi e *Palatinorum* potestate minores *Principes* et *Status* (w), opima molis destructae spolia reportantes, pinguiora jura in territoriis exercere, et sub ipsius *Imperatoris* auspiciis militare coeperunt (x). Jam vero, penes quos *Principes* praecipuae essent in eligendo Rege caeterisque publicis negotiis partes, dubitatum; nec multum sane abfuit, quin „ob cessantem pristinam *Palatinorum* electionem“ (y) ex voto *Henrici VI. Imp.* imperium jure successionis in posterum devolvi debere, publica sanctione statueretur. Quod vero cum exitu caruisset, *Principes*, qui ob functiones in *Electione* regis praestandas aderant, fervatis tanquam ex naufragio tabulis positi, summam in his negotiis obeundis facile obtinuerunt (z), ita tamen, ut, veluti

in caeteris regni dignitatibus factum est, quae olim jure officii, jure jam reali exercerentur, adeoque vox electoralis et caetera regni negotia obeunda non jam personae amplius, sed possessioni territoriorum inhaererent (*a*), id quod sequiori aevo expressa quoque lege munivit Carolus IV. (*b*).

(*v*) Cf. de Bavariae Ducibus *Henr. Stero* ad A. 1156. unde quoque mirandum non est, „ex hinc non solum in secularibus, sed et in ecclesiasticis negotiis disponendis auctoritatem Principis plurimum crevisse“ teste *Otton. Fris.* L. II. c. 10. cujus memoratu dignum quoque est testimonium, L. I. c. 9. „Omnes usque ad praesentem diem Duces dicti sunt, nullum Ducatum habentes, soloque nomine sine re participant“

(*w*) Merentur ideo allegari, quae narrat *Arnold. Lubec.* in *Chron. Slav.* L. III. p. 653. „Post exilium Ducis Henrici — tyrannico more unusquisque regnabat in loco suo, et alterutrum vim faciebant et vim patiebantur. Denique Bernhardus Dux, qui principatum obtinere videbatur, segniter agebat — non ut verus Princeps — unde nec ab Imperio juxta statum prioris (Henrici) est honoratus, nec a principibus vel terrae nobilioribus est reputatus.“

(*x*) Innuere hanc rerum mutationem videtur locus *Jur. Prov. Alem.* supra §. VI. not. q. excitatus, verbis: „Seder hat ine (ducibus) der Kaiser beide Vorsten unde Vanlen abgebrochen.“

(*y*) Sunt verba *Gervas. Tilber. Otior. Imperial.* Dec. II. c. 19.

(*z*) Mutata jam fuit formula officiorum aulicorum, a Palatinis Ducibus gestorum, cum in curia celeberrima a Frid. I. Moguntiae habita officium. „Dapiferi seu Pincernae, Camerarii seu Marscalci non nisi Reges vel Duces aut Marchiones administrarent“ quod refert *Arnold. Lubec.* l. c. cap. 9. Inde quoque ab his ministeriis repetitam fuisse vocis electoralis rationem, docent verba *Alb. Stad.* ad A. 1240. „Eligunt Imperatorem — Palatinus, quia dapi-

fer est, Dux Saxoniae, quia Marscalcus, Marchio de Brandenburg, quia camerarius; rex Bohemiae, quia pincerna est, non eligit, quia non est theutonicus." Vid. Pütter vollständ. Handb. der t. Reichshist. p. 319. not. (1).

(a) Uti sunt possessionis fundamento Duces Saxonici Wittebergenfes contra Lauenburgicos ap. *Alb. Argent.* p. 145.

(b) A. B. c. 20. unde quoque ille ex eo fundamento dignitatem dapiferi Palatino addixit „darum daß er in Gewähr hat das Fürstenthum der Pfalz, das Truchsassenamt, die Land, Mannschaft und alle Zugehörunge, darauf die Kur und Stimme eines Pfalzgraffen — gegründetestiget ist“ in dipl. d. 10. Jan. 1356. ap. de *Oleneschlager* Erl. d. G. B. im Urkund-Buche n. 4.

§. 8.

β) dignitatum minorum.

Quod ad reliquos majores minoresque regni magistratus attinet, eadem de his repetenda videtur historia. Idem Regum in his conferendis arbitrium (c): idem horum munera fidei suae concredita, jure hereditario sibi adferendi studium: quod, cum jam ineunte saeculo XII. invito quoque rege, ex voto cessisset, disruptis Frederico I. Imp. auctore arctioribus vinculis, firmiori fundamento stetisse, non est, quod miremur (d). Observarunt viri doctissimi (e), saeculo adhuc XI. a Comitibus nomen sortitos; deinde vero subsequenti proxime aevo Comites Comitibus a castris suis nomen derivasse: unde sensim sensimque factum fuit, ut, quae in caeteris dignitatibus, in his quoque evenerit vicifitudo.

(c) Sic saeculo X. „Comitem quemdam Utonem, permissu regis, quidquid beneficii et praefecturarum

habuit, quasi hereditatem inter filios divisisse“ refert *Continuat. Reginon.* ad A. 949. nec non „S. Comitis ditionem sibi vindicasse Thancmarum, eo, quod propinquus ei esset, sed regali dono cessisse Geroni“ testatur *Witich.* L. II. p. 17. Neque tamen illimitatam fuisse Regis voluntatem, videre est ex dipl. allegato ab *Udalric. Babenh. Cod.* n. 103. ap. *Eccard. Corp. hist. med. aev.* T. II. p. 95. sq. „quod ecclesiae Hammaburgensi — donare vellemus Comitatum, quem — N. Comes regendum utendumque susceperat — et quoniam ipsius Comitis ad hanc rem quaerendus erat consensus, ipsum vir sapiens precio et precibus adduxit, ut praesens laudator et assensor existeret.“ —

(d) Insigne hujus rei testimonium praebet successio hereditaria in *Marchionatus Misnensem et orientalem*, invito quidem rege, sed opitulante Saxoniae duce, Lothario, vindicata. *Chron. Bigaug.* et *Cosmas Prag.* ad A. 1122. 1123.

(e) Unum instar omnium allegasse sufficit *Pütter l. c.* p. 246. sqq. n. 2.

Cap. II.

DE DIVERSIS SUCCESSIONUM MODIS IN GENERALE.

§. 9.

II) Modus succedendi.

Exposita varia territoriorum germanicorum, quoad de successione in ea quaeritur, indole, jam in eo sumus, ut, lucem praeferentibus indubitatis historiarum monumentis, fundamenta constituamus, quibus ratio succedendi nitatur. In qua quidem disquisitione, cum cardo rei versetur, id agemus, ut, positis communibus de successione germanica principiis, ad successionem illam specialem, quae ex aetatis praerogativa defertur, descendamus.

§. 10.

e) aut communis est 1) in Allodiis primum servatus, a) Communio scilicet.

In omnibus iis rebus, quae tanquam hereditariae ad posteros transmitterentur, eam fervarunt nostri successionis rationem, ut, qui aequali jure ad res defuncti nati essent, aequali quoque jure ad nanciscendam illarum possessionem adspirarent. Quibus vero principiis in definiendis iis, qui priores remotioresve ad successionem vocarentur, usi sint nostri, non adeo expedita est quaestio. Quod in re ardua ego quidem dixerim, id est, quod in determinanda possessione rerum morte possessoris vacantium, simplicissimis principiis usos fuisse Germanos, vel ex genio gentis nec astutae nec callidae suspicari liceat. Ignorabant illi testamentariam Romanorum subtilitatem (f): ignorabant, quam in praesumpta defuncti voluntate posuit mira horum sagacitas intestatae successionis fundamentum. Ipsa natura duce definitam fervarunt veritatem, vivi in res suas arbitrium ultra mortem extendi non posse, quam in dubium vocarunt Doctores Juris naturalis, deliciis Juris romani male innutriti. Bonorum itaque a defuncto relictorum, cum pro rebus derelictis illa haberentur, possessio naturali ratione iis cessit, qui occupandis iis ex jure plerumque communionis domesticae proximi essent. Cessare quidem in primis reipublicae incunabulis debuit subitanea haec rerum defuncti adprehensio, ad compositi regulas juris, postulante id mitioris saeculi genio, redigenda. Sed frequentiam tamen deinde usu invaluit, ut plures, imo vero tota aliqua gens in condominio seu Communionem patrimonii alicujus essent (g), atque

simul iis, qui vel jure sanguinis vel pacto speciali in communionem recepti erant, successio in bona illa, quae vivi jam possederant, optimo jure vindicaretur (h).

(f) *Tacit. de M. G. c. 20.*

(g) Ex carta ap. *Meichelbeck Histor. Frising.* n. 155. constat „Germanos nobiles viros hereditatem patris aut matris suae habuisse non inter se divisam, sed communiter sine divisione usitavisse, sicuti amabiles fratres, dei amore, usitare debuerunt.“

(h) De caeteris Communionis hujus, quam primae aevam eamque vertentibus fatis politiori statui germanico magis inagisque adcommodatam dixeris, effectibus, oculo perscrutatori fatis obuiis, dixisse haec sufficiet. Doctrina est eximiis Virorum doctissimorum lucubrationibus, neque tamen fatis adhuc, expedita. Quis enim nescit Duumvirorum *Senckenbergii* et *Reinhardi* labores? quibus supplementa dedit ipse *Reinhard* in den neuen Anmerkungen von der Lebensfolge aus der Gemeinschaft ohne Mitbelehnenschaft, 1762. et *Preuschen* in den Beyträgen zur Erläuterung der Success. Ordnung in teutsche Reichsländer, quae extant in den *Carlsruher nützlichen Sammlungen* T. I. Neque tamen in partes adeo trahendum mihi videtur testimonium *Taciti de M. G. c. 20.* ut de verbulo „*possessione an successionem*“ multum disputandum esse opiner. Si dicere licet, quod res est, *Tacitum* romana voce possessionem bonorum innuere voluisse, nullo ad singulares Juris germanici rationes habito respectu, vero proxime accedit. Priorem locutionem ex probatissimis codicibus contra *Senckenbergium* et *Hertium* defendunt *Gebauer in Vestig. I. G. Antiq. Exerc. XIII. p. 565.* et *von Wicht Ostfries. Landrecht. Vorbereit. p. 17. not. aa)*

S. II.

b) aut Divisio, a) vel plena.

Neque tamen Communio ista, in quam quis successionem aut alias incidisset, ita fuit constituta,

ut ne pacto factove contrario tolli potuerit. Evenit id, cum inter illos, qui aequali jure ad hereditatem adspirabant, divisio, quae voce medii aevi *Dattenle*, *Datenlonge*, nobis *Todtheilung* vocatur (*i*), celebraretur. Evanuit ab illo tempore pristini condominii ratio: evanuit quoque fundamento illi superstructa reciproca dividendum successio (*k*).

(*i*) Refert hujus rei exempla quaedam excerptum ex Glossario Msc̃to *Koppiano* ap. *Estor* in *Diff. de terrarum partitionibus illustrium Germanorum inter se, praesertim ea, quae vocatur Todtheilung, illarumque effectis, quod ad successionem*: quibus addefis *Dipl. d. a. 1303. ap. Gud. n. Cod. dipl. T. III. p. 15.*

(*k*) Vid. e. g. *J. J. Reinhard's Fl. Ausföhrung. P. II. p. 106. n. a.*

§. 12.

b) *vel minus plena.*

Quae vero divisio cum periculi plena esset, ne successio reciproca illa tolleretur, variis modis sibi suisque prospexerunt dividentes, cum aut diserte in re divisa communionem sibi reservarent (*l*), aut plures ejusdem rei usum, salvo condominio, inter se dividerent, sive determinata singulis quadam terrarum suarum regione, sive statuto vicissim tempore, percipiendum, quam *divisionem minus plenam* adpellant nostri (*m*). Arrisit is modus quam maxime germanicis moribus, quod ea ratione inita, sublatis, quae ex simultanea possessione usuque facile oriri poterant, incommodis, commode jam rebus suis uti possent, neque tamen sibi suisque inde praejudicii quidquam inferri paterentur. His enim positis, divisione celebrata, bona divisa communium bonorum indolem retinuerunt.

(l) Sic res suas diviserunt Fridericus et Emicho, fratres, Comites Leiningenses, reservata disertis verbis reciproca successione in Dipl. d. a. 1237. in den Leining. rechtl. Auszügen. Beyl. n. 1.

(m) Differentiam divisionis plenae et minus plenae optime declarat *Dipl. Henr. Com. Nassov.* d. a. 1305. in der Leining. Westenburg. endlichen Ausfüh. Lit. A. ubi promittit ille, se „*equa et justa portione dividere velle, si ambo requisiverint conjunctim aut diversim dividere.*“

§. 13.

2) quod idem quoque ad beneficia militaria transit.

Omnia haec, quae de successione in res proprias five allodiales, quas vocant, sanxit veneranda antiquitas, ad feudalem quoque successionem, cum primum illa quidem invaluit, transferunt. Neque enim ita argutuli erant majores nostri, ut nova excogitarent, ubi antiqua ratio novam legem non postularet. In eandem illi observantiam longe die inciderunt in feudis, quae sub lege agenda militiae concedebantur, five unus five plures illa possiderent; divisum fuerit in partes praedium beneficiarium, an jure communionis haberetur. Utroque casu intuitu possessionis beneficii praestanda erant officia, ita tamen, ut, divisione facta, mutua tolleretur successio (n), et, si commune haberetur, senior feudum nomine ceterorum possessorum e manu domini reciperet (o). Accessit deinde quoad successionem plurium in feuda militaria usui vere germanico Juris feudalis longobardici auctoritas (p), ita tamen, ut, quod mores patrii a communionem servata successionis repetebant in feudum quoad usumfructum divisum fundamentum, hoc ex regulis juris romani in jure sanguinis et praesumpta testatoris voluntate poneretur.

(n) Ipsam legem exhibet *Jus Caesar.* in *Senckenberg.* C. I. G. T. I. p. 103. quam totidem fere verbis repetunt *Jus Feud. Alem.* c. 65. §. 1. 2. *Jus Feud. Saxon.* art. 34. et *Auct. Vet. de Benef.* c. I. §. 83. 84. Exempla negatae ob deficientem communionem successionis feudalis larga manu dedit G. L. *Böhrmer* in *Progr. de feudi communis divisione* in *Observ. Jur. feud.* p. 214. sq. quibus addendi casus admodum memorabiles, cum ex his fere rationibus Ascaniis in terras Lauenburgicas, et collateralibus Austriacis in terras, extincta stirpe Babenbergica, relictas, adeoque tanquam apertae Imperio vindicatas, negaretur successio. Cf. *Lambacher demonstratio juris s. tituli, quo Imp. Rudolfus usus est; cum — ditiones Austriacas Imperio vindicaret etc.* et, quae ex eo exposuit *Schroeter* *Oesterr. Staatsrecht.* P. V. p. 105. sq.

(o) *Jus Caes.* P. III. c. 29. l. c. p. 109. „Wo lude sint dy sollen wißin daz dy gemeynen lehin daz se dy eldesten han zu emphonde den andern allen nach dez Kaisers rechte daz se ez gewert sin sind in dez riches rechte stet geschrebin daz ungeteylte gut mag der elste enphain von dem Keyser.“

(p) L. II. F. tit. 55. „*Ducatus, Marchia, Comitatus — non dividatur*: aliud autem feudum, si confortes voluerint, dividatur, ita, ut omnes, qui partem feudi habent jam divisi vel dividendi, fidelitatem faciant.“

§. 14.

β) *Specialis succedendi modus est ex praerogativa aetatis.*

Quas hucusque adduximus, Successionis germanicae doctrinas, in ministeriis reipublicae obeundis locum habere non potuisse, res ipsa docet. In his enim, cum singularis personae industria electa esset, ne de jure quidem hereditario in illa asserendo quaestio esse poterat. Insignem quidem haec omnia passa sunt mutationem, neque tamen indolem suam adeo exuerunt, ut ne originis quaedam vestigia superessent. Haeserunt

haec praecipue intuitu successionis, cum, quae olim ex arbitrio, nunc jure hereditario transferenda existimabatur dignitas, ad personam devolveretur ab officiali descendente, eamque vel voluntate Principis aliusve, vel ex aetatis praerogativa, quod ex regula fieri solebat, definendam. Extincta quidem maximam partem postea fuit pristinae dignitatis personalis memoria, cum altiora, quam quidem mera reipublicae ministeria, spirare coepissent regni Germanici Proceres; unde quoque factum est, ut in defuetudinem facile abiisset specialis haec in officia et possessiones illis annexas successio, nisi forte fortuna probasset antiqua antiqui moris tenax posteritas, aut rationes conservandarum familiarum denuo suasis-
sent, quod olim ex ipsa Reipublicae germanicae formula obtinuerat. Qua ipsa observatione in duas potissimum partes disquisitio nostra distribuitur.

C a p. III.

DE SUCCESSIONE SPECIALI EX AETATIS PRAEROGATIVA.

S e c t. I.

De Successione Speciali majoris aetate antiqua.

§. 15.

III) Majoris aetate successio obtinuit.

A) *ex ipsa Reip. Germ. formula in dignitatibus et possessionibus illis adhaerentibus.*

Effecit, quod supra jam observavimus, benevola in filios patrum bene de Republica meritorum propensio, ut eo quoque tempore, quo

dignitates et officia cum possessionibus illis annexis ad posteros jure hereditario nondum transmittabantur, nonnisi ex ardua causa negaretur filiis paternum beneficium. Quod cum ita se habeat, qua lege hoc quidem tempore filiis delata fuerit paterna dignitas, non superuacua est quaestio, cum rationem successionis jure deinde perfecto assertae contineat. In arbitrio quidem Regis positum primitus fuisse, cui ex filiis maxime faveret, quis dubitaverit (*q*)? non potuit tamen non fieri, quin praecipua eorum inter filios haberetur ratio, qui majore aetate, simulque prudentia et virtute fratres antecellerent. Ita vero factum est, ut ex ipsa regiminis formula statueretur majorum aetate praerogativa, perpetuo deinde sequioris aevi usu servata (*r*), ita tamen, ut ceterae res paternae aequali jure iis cederent, qui nativitate sua ad illas adspirabant, neque ob specialem aliquam rationem arceri ab illarum hereditate poterant.

(*q*) Dubium fuit *Bavariae* Comiti, Drendile, an aliquis de filiis suis dignus sit futurus, ut ad ministerium Comitis perveniat in carta d. a. 814. ap. *Meichelbeck Hist. Fris.* n. 299. Sic quoque *Welfo*, *Bajoariorum* dux, filios suos rebellantes gratiae Imperatoris reconciliavit, et uni eorum ducatum post se committi impetravit, referente id *Conrad. Ursperg.* p. 228.

(*r*) Respexisse ad haec videtur *Christina*, Caesaris filia, quam marito suo *Uladislao*, *Poloniae* principatum a. 1140. ineunti, ut exclusis fratribus regnum sibi vindicaret, persuasuram, dixisse in Senatu refert *Martin. Cromer de reb. Polonor.* L. VI. pr. „sic in sua *Germania*, sic apud alias gentes, quae cultu vitae, ingeniis et sapientia praecellerent, moribus atque legibus receptum esse, ut maximus natus in bona paterna succedat, ceteris fratribus paululum aliquid prae manibus dari, unde vivant, „quod tamen

testimonium *Christinae*, nimium forte faventis marito, aut ampliori iusto a *Cromero* stilo exornatum, quam in sanam mentem accipiendum sit, non est, quod moneamus.

§. 16.

a) nondum pleno successionis jure translatis.

Ne vero meram haec conjecturam sapiant, indubitata ejus rei documenta in promptu sunt. Sic saeculo jam IX. beneficiario jure primogenitis cessit Aquitaniae Vasconiaeque ducatus (*s*); sic ea, quae mox sequebatur saeculi X. et XI. aetate quoad successionem filiis delatam in Marchiam orientalem (*t*), Ducatus Lotharingiae (*u*), Saxoniae (*v*), Bavariae (*w*), Sueviae (*x*), Comitatum Palatinum (*y*), ac in Comitiam denique provincialem terrarum Thuringicarum (*z*) aetatis majoris ratio praecipua habita fuit; quo ipso tamen non colligendum velim, ac si hoc quidem aevo certo sancitum fuisset jure, quod postea nonnisi salutis publicae ratio suasit aut longa consuetudo.

(*s*) Dipl. Caroli Franc. R. d. a. 845. in *Histoire de Languedoc des Benedict.* T. I. Preuv. n. 67. „*Vrandegisili Com. donationem Ep. Narbon. factam non adprobat rex, quia minime facultatem habuit legandi seu donandi villas et ceteras hereditates per Aquitaniam et Vasconiam constitutas, quia de posteriori linea Boggisi et Ludonis Ducum erat. Nam quae Dogobertus rex olim donavit suis et Hariberto fratri, nepotibus Boggisi et Bertrando post necem eorum fratris Ilderici, Aquitan. R. jure hereditario ab Ludone, Boggisi filio, possessae fuere: et post illius mortem a primogenito Hunaldo et Vifario nepote, qui Aquitaniae ducatu potiti sunt, nomine tamen francorum regum. Deinde Aquitania tota a Carolo cum Vasconia devicta et ad eum devoluta est, qui Lupo Duci, qui ex secunda Ludonis linea seu generatione primogenitus fuit, nempe*

Nattonis ducis major natu — totam Vasconiae partem beneficiario jure reliquit. “ Conferenda sunt cum his, quae de filiorum Liubi, Regis *Wilforum*, contentione de successione in regnum referunt *Annales Eginhardi* ad A. 823.

(t) *Herm. Contr.* a. 1043. „*Luitpaldus, Adelberti Marchionis filius primogenitus — a rege marchio promotus.*“

(u) *Calmet Hist. de Lorraine* T. I. *Disc. prélim.* p. 153. et ab eo citatus *Vassebourg* fol. 245.

(v) *Adam. Bremens. Hist. Eccl.* L. IV. c. 9.

(w) *Witichind. Ann.* L. III.

(x) *Otto Frising.* c. 10.

(y) Mortuo a. 959. Comite Palatino designato, Hermannō, filius ejus senior Ezo Comes Palatinus factus, reliquam hereditatem patris cum fratre Hezilone divisit, de quo vid. *Tolner Hist. Palat.* p. 25. *Lit. C. D. E.* et p. 223. *Lit. D.* nec non *Cod. diplom.* n. 82. 83. qui mos ad posteros quoque transit, cum extincto a. 1035. Ezone Palatinatus cederet filio seniori Ortoni; (*Tolner l. c.* p. 267. *Lit. B.*) quem deinde Ducem Sueviae factum excepit senior ex fratre nepos, Henricus de Lacu dictus. *V. Monach. Brunwill. in Vit. Exon. et Mathild.* ap. *Leibnit. Scr. Rer. Brunsv.* T. I. p. 316. et *Joannis Adp. prior ad Parei Hist. Palat.* p. 427.

(z) *Lamb. Schaffn.* ad. a. 1062.

§. 17.

β) pleno successione jure translatis; quae omnia demonstrantur exemplis.

Quae nulla urgente juris necessitate constituta fuit in transferendis ad filios paternis dignitatibus, servata quoque est, cum jure perfecto desideraretur hereditaria in illa successio. Neque enim causa erat, cur mutassent modum longo usu servatum, quem, cum in malam partem facile accipi poterat vagae electionis arbitrium,

convenire maxime salutis publicae animaduersum sine dubio fuit. Evenit itaque, ut in dignitatibus officiisque hereditaria jam successione transferendis singularis in munere obeundo expectaretur ab eo industria, qui aetate, prudentia, aut, prouti res id ferebat, virtute quoque bellica maxime polleret. Accesserat inde ejus generis muneribus, et, quae plerumque ipsis adhaerebant, latifundiorum in beneficia concessorum divitiis, *individua* quaedam indoles, quae vero, quod reliquum erat patrimonii, non tangebatur. Unde quoque effectum est, ut uni ex filiis dignitas patris una cum praediis illi annexis, caeteris vero aequali jure paterna cederet hereditas, adeo, ut lautius saepe prospectum non fuerit seniori, quam quidem reliquis heredibus una cum illo ad patrimonium defuncti capeffendum adspirantibus. Quae quomodo sigillatim in Germania nostra obtinuerint, jam exponere animus est.

§. 18.

A) *Advocatarum ecclesiasticarum.*

Optime, quae mox ad rem nostram dicenda sunt, illustrant *Advocatarum ecclesiasticarum*, quae eandem cum dignitatibus ex instituto nostro tractandis rationem habuerunt, exempla. Cum enim foundationis alicujus sacrae juribus tuendis ex antiquissimo instituto constituendus esset aliquis, ejus potissimae erant partes, qui vel ipse fundasset, vel certe ab hoc originem traheret, quos rem illam tanquam suam maxime curae cordique habituros esse, facilis conjectura erat. Eligebatur itaque aequo arbitrio, extincto fundatore, major aetate ex gente benefica, idque munus vicissim ad posteros ex consuetudine Ger-

maniae paene universali (a) successione agnatica (b) deferebatur.

(a) Servatum ejus rei usum demonstrant 1) in tractu *Rhenensi superiori* Bulla Leonis IX. P. M. d. a. 1049. ap. *Schoepfflin Alf. Ill. T. II. p. 482.* et Cart. fund. Mon. Veldpac. d. a. 1144. ap. *Eund. p. 32. §. 47.* 2) in *Bavaria*: documenta innumera in *Monum. Boic.* obvia; ex quibus praecipuum notandum *Dipl. Abb. Formbac. d. a. 1094. l. c. T. IV. p. 11.* 3) in terris *Rhenanis superioribus*: *Dipl. Meginhart. Com. Sponheim. d. a. 1124. ap. Trithem. Chron. Sponheim. p. 240.* et *Dipl. d. a. 1129. ap. Guden. Cod. Dipl. T. III. p. 1045.* 4) in *Saxonia* Carta Reinhard. Ep. Halberstad. d. a. 1109. ap. *Gercken Cod. dipl. Brandenb. T. I. p. 3.* 5) in *Suevia* *Dipl. d. a. 1154. ap. Besold Docum. redw. Monast. Wirtemb. p. 447.* 6) in *Ducatu Austriae* ex regula generali in *Jur. prov. d. a. 1190. §. 48. ap. Ludewig Rell. Msc. T. IV.* „Wo Erben seint, die mit einander Bogten haben ungeteilt, da ist es das Recht nach Gewonheit des Landes, das er Erb ist — Er soll aber andern seinen Erben die Bogten entweren mit anderm Gut.“

(b) *Dipl. Henr. IV. Imp. ap. Meichelbek Histor. Frising. p. 264.* „advocatum non habeant, quia jam legitima Advocatorum successio cessaverat, mortuo sine liberis filio, et ad filios filiae illius non pertinebat.“

§. 19.

B) feudorum castrensium.

Idem obtinuit, cum castri custodia alicui demandaretur. Initio quidem singularis personae industria electa: virtutis militaris, non annorum ratio habita fuit. Restiterunt quidem arbitrii istius primaevi vestigia, cum castrum ejusque defensionem ei conferret dominus directus, cui maxime ex familia defuncti cuperet (c): quod tamen sensim sensumque in successionem majoris aetate abiit.

Ufu servatum fuit id praecipue in feudis, speciale inde nomen jure Francorum possessorum fortitis: isque mos altissimas radices egit in terris Francici, quod Burgundici quoque nomine venit, juris (*d*). Enata sunt deinde ex feudis istis castrensibus Burggraviatus nomine insignitae dignitates, in quibus, quomodo majoris aetate successio obtinuerit, divisis tamen patrimoniis, quae ad dignitatem non pertinerent, videre est exemplo divisionis hereditatis paternae, patrimoniis et beneficiis Imperii mixtae, quam a. 1285. fratres Gerardus et Otto, ex familia Burggraviorum de *Landscron* sub finem saeculi XIV. extincta, mediante arbitrorum sententia susceperunt (*e*); eademque successionis norma regebantur, quae ab aliis, praeter Imperatorem, lege feudali concessae erant, castrorum custodiae (*f*). Neque vero is mos inter patrios tantum fines restitit, sed ad externos quoque, Italos Siculosque praesertim, evagatus est (*g*).

(*c*) Eberhardus et Henricus, fratres, Comites *Seynenses* AE. Trevirensi castrum curiamque Seyna a. 1152. in feudum obtulerunt, adjecta ab AE. lege: „beneficium castri semper indivisum manebit, et inter plures non dividetur heredes: sed si pro eodem inter se litigaverint, illi integre dabimus, cui potius cupimus“ quae verba extant in *Litteris Investit. AE. Trev. in Ded. Sayn. c. Palat. Lit. A.*

(*d*) Innumera, quae haec testantur. obviam fiunt historias illarum terrarum oculo fugitivo perlustrantibus. Quaedam saltem notabimus. De feudis castrensibus *Campaniae* testatur Constitutio Theobald. Campan. Com. d. a. 1224. ap. *Martene Thes. Anecd. T. I. p. 919.* De *Geldria* Dipl. Wilhelm. R. R. d. a. 1248. ap. *Lunig Cod. Dipl. Germ. T. II. p. 1751. n. 13.* de feudis *Leodiensibus de Mean. aa Jus Leod. T. I. Obs. 3. p. 5.*

(e) Exstat. carta divisionis ap. *Guden. C. D. T.* II. p. 970. „Dat Gerhard haben soll die Burch zu Landscrone bid Ludin und bid Gude, als id sin Batir hatte von me Riche, und Otto nit 2) dat G. und D. deilin solin all sulch Erbe, als ir Batir und ir Mudir hatten — 5) dat die Lude, die G. spricht, die sich an dit Riche han gemacht, und D. spricht sie haben sich gemacht an iren Badir, dat sol. H. erfarin. Bindet he dat sie me Riche solin volgin, so sol man ir nit deilin. Bindet he, dat si me Riche nit volgin solin so solint si die Lude gliche deilen 6) dat ir Man alle solin volgin Gerharden.“

(f) In feudis praecipue castrensibus Ecclesiae Trevirensis frequentia adsunt exempla in *Hontheim Hist. Threvir. Dipl.* e. g. in Carta d. a. 1303. et 1309. T. II. n. 585. 634. et 689. De feudis Palatinis cf. *Dipl. d. a. 1356. ap. Tolner Cod. Dipl. Palat. n. 242.* Adducta vero testimonia, ne singularia tantum sapiant, in partes ducam documentum multis nominibus praeclarissimum d. a. 1317. in den *Leining. rechtl. Auszügen Beyl. n. 2.* quo controversia inter fratres, Comites Leiningenses, praeter alia quoque, super feudis castrensibus orta his deciditur verbis: „Wenn nun des Landes recht ist, daß die Burglehen alle, die ein Vater hat, nach seinem Tode auf den ältesten Sone falle — seit nun Gr. J. der älteste Sohn ist — daß das Burglehn zu Recht sein seyn soll, und J. (Junior) nichts mit zu schaffen hat.“ An per totam Germaniam is mos obtinuerit, ob defectum testimoniorum asserere dubito: apud Normannos vero, gentem germanicam, *feuda lorice, serganterie etc.* indivisa majori aetate cessisse, videre est ex *Codice Legum Normanicarum ap. de Ludewig Reliq. MSS. T. VII. p. 212.*

(g) Factum id est, ex conjectura probabili, cum jus Francicum sub auspiciis Caroli M. in Italiam traderetur. Statuitur id certe inter eos, qui specialiter vivunt jure francorum in terris Siculis *Constit. Sic. L. III. t. 24. §. 2. ap. Lindenbrog. T. I. p. 800.* quam constitutionem firmavit Honor. IV. P. R. ap. *Roussset Supplem. au Corps Diplom. T. I. P. I. p. 146.* Cff. quoque *Pet. de Vineis Epist. L. VI. c. 25.*

§. 20.

c) *dominii quarundam civitatum.*

Civitatum quoque quarundam dominium individuo nexu ad maiores natu ex posteris conditoris transiisse, docent historiae exemplo civitatis Friburgensis (*h*), et, si quid ex reliquiis rei vetustate oblitteratae video, Servestanae quoque (*i*).

(*h*) Instrum. conditae Civ. Friburg. d. a. 1120. in *Schoepfflin Hist. Zar. Bad. T. V. n. 25. p. 50.* „Constituit (*Bertoldus, Dux Zaringiae*) ut quicumque dominus postmodum eandem civitatem hereditario jure possideret eo decedente, quisque inter heredes ipsius senior extiterit, dominium ejusdem civitatis obtinerit.“

(*i*) Laudum Marggr. Brandenb. inter Princ. Anhaltinos dictum a. 1540. in *Lunig R. A. P. spec. IV. Abth. XIII. Abs. p. 174. n. 11.* „alsdann die von Zerbst etliche Zeit biß dahero den ältesten Herrn von Anhalt von Gewonheit wegen als sie sprechen, zum Herrn aufgenommen, und den zum Herrn behalten haben, darum dann die andern alle sehr geschwächet — dessenthalben zu gezeiten erblos gemacht seyn — darum sollen hinfürter die von Zerbst die Herrn von Anhalt und ihre Erben zu gleichen herrn aufnehmen: doch sollen die herrn die Statt nimmermehr theilen, sondern sie ungeschieden bey einander bleiben lassen.“

§. 21.

D) *Dignitatum Regni, quarum historia 3. Periodis absolvitur:*

Missis jam, quae illustrationis loco ponenda erant, propius ad instituti rationem, ad inquirendas scilicet origines et fata successionis ex praerogativa aetatis in familiis Germaniae illustribus servatae, et, quae inde obtinuit, qualitatis territoriorum individuae, flectitur oratio. Quae vero cum per varia rerum discrimina, reluctanti-
bus contra publicam formulam animis, facta fue-

rint, quas mutationes passus sit mos vetustissimus, videbimus. Evanescente enim sensim sensimque pristinarum dignitatum memoria, cumque jure proprio exercere coepissent Germaniae Proceres olim sibi demandata reipublicae ministeria, evanescere quoque non potuit non specialis ex praerogativa aetatis successio, cujus deinde locum occupavit Communio aut Divisio. Imo vero de omni illa omnino actum erat, nisi in quibusdam, quod in Electoribus praecipue factum est, revocata jure quasi postliminii fuisset pristinae dignitatis memoria.

§. 22.

1) *Individua earum quoad successionem indoles obtinuit.*

Quod supra de indole dignitatis et possessionum ipsi annexarum diximus, obtinuit quoque, cum jure hereditario illae ad posteros transmittentur. Quod pro arbitrio olim demandabatur officium, uni ex gente aliqua illustri jam fuit relinquendum. Inde Ducatum, Electoratum, Landgraviatum, Burggraviatum, Comitatum etc. hereditario jure ad successores delatorum peculiaris indoles, divisionis plane expers: inde majorum aetate, ex gente Ducis, Electoris, Comitiseve, et qui sunt reliqui, in nanciscendis tam dignitate ipsa, quam rebus eidem adjunctis, praerogativa. Quae quidem juris publici regula cum consuetudine ex ipsa rei natura deducta hucusque obtinuisse, expressa quoque lege, praeunte Friderici I. Imp. constitutione (k), ad Italos quidem pertinente eademque tamen ob eandem rationem in Germania quoque servata (l), firmata fuit, atque, cum

paullatim contrario usu abrogari coepisset, nova constitutione a Rudolfo I. revocata (*m*).

(*k*) Extat illa constitutio II. F. 55. et ap. *Radevic. de gestis Frid. I.* L. II. c. 7. Metrice vero illam exposuit *Güntherus* in *Ligurino*. L. VIII.

(*l*) I. *Prov. Alem.* c. 21. n. 3. ap. *de Senckenberg* in *Corp. Jur. Germ.* T. II. p. 31. „Man mag kein Fürstenamt mit recht zweyen mannen geleyhen. Geschicht es aber je jetweder mag mit recht nit ein fürst davon gehenßen noch gesein. Also mag man weder Marggraffschaft noch Pfalzgraffschaft noch Graffschaft (zweyen Mannen geleyhen. Denn) wenn die geteilt wår so habent sy je namen verloren.

(*m*) Dipl. d. a. 1283. in lucem produxit *Auctor* der *Geschlechts-Verbind. von Habsburg und Fürstenberg.* ubi „*per sententiam quaesitum extitit, et obtentum legitime per eandem, quod nullus Comitatus sub rom. Imp. sine nostro (Imp.) consensu possit vel debeat dividi.*“

§. 23.

a) *vel plures dignitates inter plures heredes distribuerentur.*

Mos erat, suadentibus id potissimum rationibus politicis, ut una tantum quis dignitate poleret, neque tamen, quo minus plures unus haberet, lege prohibitiva cautum fuit (*n*). Inde evenire facile poterat, ut quis binas pluresve ejusmodi dignitates, latifundiis benigne instructas, posteritati relinqueret, quarum singulae singulis heredibus cederent; reliqua hereditate, nullo habito praerogativae aetatis respectu, pro rata inter eosdem dividenda. Sic medio saeculo XII. Marchionatus paternos sortiti sunt Conradi et Henrici, Marchionum Misnensium, filii (*o*): sic quoque a. 1264. duo Comitatus, Sayn et Sponheim, inter duos heredes divisi (*p*). Quae exempla ex pluribus allegasse sufficit.

(n) Dubium, an jure negaverit Conradus III. Alberto duplicem Bavariae et Saxoniae ducatum ap. *Helmold. Chron. Slav. c. 54.* Imo vero hunc utrumque strenue sibi adseruisse, testantur res gestae. Posteriori aetate binas dignitates, Palatii et Bavariae ducatus tenuit Otto Illustris, referentibus *Excerpt. ex Alberti Bohemi Actis ap. Oefel. Script. Rer. Boic. T. I. p. 788.*

(o) *Histor. Landgrav. Thuring. c. 43.*

(p) Familia Comitum Sponheimensium, hereditate Saynensi dives, eam rationem iniit, ut Johannis I. filio seniori Godofredo Comitibus Sayn, Henrico vero Sponheim cederet, quod patet ex *divisione terrarum filiorum Joh. II. d. a. 1264. in Kremer diplom. Beytr. p. 84. n. 101.*

§. 24.

p) *vel in una major aetate succederet; veluti in a) Ducatus,*
a) *Austriae.*

Caeterum Majoris aetate in dignitates et beneficia ipsis annexa erat successio: quod quomodo in singulis illis obtinuerit, ex fide historiarum diplomatumque narrare animus est. Primum in disquisitione locum meretur antiquorum Ducatum formula, in qua, quantum obtinuerit Majoris aetate praerogativa, supra §. 16. expositum fuit. Extinctae dignitatis et jurium lautissimorum memoriam fervarunt luculenta fatis vestigia in privilegio Duci Austriaco medio Saec. XII. ad exemplum potissimum Ducum Palatinorum concessio, ubi disertis verbis individua Ducatus Austriae indoles (q), et Senioris aetate in successione hereditaria praerogativa statuitur. (r) Neque vero verbis id tantum dispositum, sed usu quoque frequenti servatum fuit. Mortuo a. 1172. Henrico Jasemergott dicto successit filius

senior Leopoldus (s), junior Henricus ne originis quidem memoriam retinuit, a castro suo de Medeliko sive Medling dictus (t). Cesserat quoque a. 1186. Austriacis Ducatus Styriae ex testamento Ottocari (u), non divisus ad majorem natu ducem Austriae devoluendus, quem utrumque itaque, extincto Leopoldo, obtinuit senior filiorum, Fridericus, qui tamen Styriae ducatum ad fratrem juniorem transtulit (v). Ille deinde cum caelebs a. 1199. obiisset, Austriam reliquit fratri Leopoldo, unde ad filium tertio-genitum, praemortuis senioribus, hereditas cessit, quo defuncto pro extincta habita fuit, superstitibus quoque collateralibus, stirpis Babenbergicae successio (w). Inde Ducatum tanquam apertum Imperio vindicavit Rudolfus I. eumque binis filiis, Alberto et Rudolfo, conjunctim de eo investitis tradidit (x). Remansit tamen pristina successionis formula; regimen senioris (y); sola spes succedendi postgenito, negata olim ob investiturae simultaneae defectum. Singulari id deinde pacto ab Alberto I. firmatum (z), et divisio, ad quam ob curtam suppellectilem provocaverat frater junior, a caeteris jure optimo negata fuit (a).

(q) *Dipl. alleg. Frid. I. d. a. 1156. ap. Senckenberg im lebhaften Gebrauch* 2c. p. 123. „*nec ducatus Austrie divisionis alicujus recipiat sectionem.*“

(r) *Ibid.* „*Si sine herede filio decederet, ducatus ad seniore filiam quam reliquerit devoluatur, inter duces Austrie qui senior fuerit dominium habeant dicte terre ad cujus etiam seniore filium dominium hereditario jure deducatur ita tamen quod ab ejusdem sanguinis stirpe non recedat.*“

(s) *Anonym. in Chron. Austr. ad h. a. ap. Pex Script. Austr. T. I. col. 562.*

(t) Singulari se ipse compellat Henricus nomine „dei gratia id quod sum“ in Dipl. ap. *Hanthaler Fast. Campil.* T. I. p. 390.

(u) ap. *Schroetter Westerr. Staatsr. Abh.* I. Beyl. n. 1. „Quicumque de suis (Leopoldi, D. Austr.) nepotibus sibi succedentibus Ducatum tenuerit Austriae, Ducatum quoque regat Styriae, ceteris fratribus nullo modo super hoc litigantibus.“

(v) *Chron. Mellic.* ad A. 1195. ap. *Pez Scr. Austr.* T. I. c. 235.

(w) Rationem dixit *Ottoc. a Horneck* ap. *Pez Scr. Austr.* T. III. c. 11.

„Wenn sy (die Lant) nach Lehens Orden Dem Reich sind ledig worden“
quam latius exposuit *Lambacher alleg. Dissert.*

(x) Dipl. Rud. I. d. a. 1288. ap. *Schroetter* l. c. *Abh.* V. Beyl. n. 9.

(y) *Constit. Rud. I.* d. a. 1283. ap. *Schroetter* l. c. *Abh.* V. n. 1. „Volumus, quod Albertus et ejus heredes masculi illarum terrarum principatus et dominia, prout eas Alberto et Rudolfo pro indiviso prius contulimus, soli perpetuo habere debeant — Si Albertum una cum suis heredibus contingat decedere, volumus, quod principatus et dominia ad Rud. et suos heredes legitimos libere revolvantur.“

(z) *Pact. dotal. Alberti I. et Philipp. Gall. R.* ob nuptias filii primog. *Rudolfi c. Blanca* d. a. 1299. ap. *du Mont Corps dipl.* T. I. P. I. p. 322. „quod primogenito nostro et suis heredibus ab eo descendentibus Ducatus Austriae et Styriae hereditarie pertinebunt — salvo tamen secundogenito et aliis minoribus liberis nostris jure sibi competenti vel competituro, si Dux decedere forte contingeret sine liberis.“

(a) *Anon. Leob.* ad a. 1327. ap. *Pez Scr. Austr.* T. I. c. 926.

§. 25.

b) *Lotharingiae.*

De Ducatibus Palatinis, de quibus supra diximus, plura non attinet dicere, cum ab Impe-

ratoribus ex familia Suevica, potentiam mire affectantibus, tanquam insignes ad deformitatem pueri cito necati fuerint. Cum his quoque ejusmodi dignitates in Germania maximas subierunt mutationes, quae, si quid video, minus tetigerunt occidentales regiones. Certe in his ex regula eadem semper substitit successionis formula, quae in reliqua Germania tot tantisque discriminibus succubuit. Pateat, quod dixi, Ducatus Lotharingiae exemplo. In eo ab antiquissimis inde temporibus, quoad indubitata ejus rei prostat memoria, servata fuit majoris aetate in successione praerogativa (b): nunquam interrupta (c): deinde, quae antea usu, nunc lege pactisve firmata (d), ita tamen, ut, quam regulam de reliqua hereditate dividenda supra constitui, hic quoque locum habuerit (e). Eandem successionis rationem in Ducatu Brabantino obtinuisse, discimus ex Cessione Ducatus Henrici primogeniti ad fratrem juniorem Johannem I. a. 1267. facta (f); nec non ex alimentis fratri juniore a. 1248. assignatis (g).

(b) *Sigeb. Gembl. ad A. 1070. Calmet Hist. de Lorr. T. I. p. 1108.*

(c) Cf. *Calmet l. c. T. I. p. 1122. T. II. p. 9. 16. et Dipl. d. a. 1170. dans les Preuv. p. 369. ubi „Simon Dux justo desiderio et vocatione legitima virorum nobilium terrae et haereditario jure patri meo in Ducatu successi“ Alberic. a. 1213.*

(d) Lege expressa jam constituta fuit a. 1306. consuetudo, ut primogeniti patris filius primogenitus praepatruo reliquisque succedat in ducatu in *Liter. Assert. Nobil. ap. du Mont C. D. T. I. P. I. n. 597.* cui tamen (unde, non video) dubia movet *Calmet l. c. T. II. p. 433.* Primogenituram quoque, juncto quoque Ducatu Barrensi, in Lotharingia constituit a. 1506. Renatus Dux testamento, quod extat in *Chifflet Lotharing. Mascul.*

(e) *Bayon. Chron. Lothar. c. 83. ad A. 1070. citat. a Calmet l. c. T. I. Disc. prelim. p. 153. „Gerardus Comes frater Theoderici Lotharingiae ducis germanus — metato anni circulo patrimonia hereditarii juris cum fratre partitus est.“ Anno deinde 1170. lis inter Ducem fratremque postgenitum orta deciditur, „quod Dux dedit fratri suo allodium de Ulmis — hic vero fecit Duci hominem ligium, et Dux fratrem suum totius ducatus heredem constituit, si forte ipsum sine legitimo herede — decedere contigerit.“*

(f) ap. *Lünig Cod. dipl. Germ. T. II. p. 1114. n. 61. cum qua conferendus quoque consensus Richardi R. R. in Cessionem Ibid. p. 1115. n. 62.*

(g) *Lünig l. c. T. II. p. 1139. n. 91.*

§. 26.

b) *Electoralus.*

Successerunt in locum extinctorum Ducum Palatinorum novi Electores, qui adeo eandem Successionis, quam illi, fervare debebant formulam. Sed cum nova vox electoralis possessioni terrarum, quae divisionem hucusque admiserant, potius, quam dignitati personali inhaereret, factum est, ut in defuetudinem tantum non abiisset successionis in dignitates illas Imperii Germanici ratio specialis, cujus rei historia infra plenius narranda erit. Servata tamen fuit illa, ob recentiore forte animis pristini moris memoriam, ad medium usque saeculum XIII. in iis Electorum familiis, quae, divisis terris suis, in plures lineas non fuerunt distinctae. Quod tamen quum frequentius factum sit, vel certe communes haberent illae terras suas, gestae ex praerogativa majoris aetatis vocis electoralis rariora exempla adfunt, neque tamen illis plane destituimur. Sic *Saxoniae Ducatus*, mortuo a. 1212. Bernhardo,

cessit primogenito Alberto I. (*h*) cujus deinde familia in Lauenburgicam et Wittebergensem lineam fuit distincta. Sic quoque in *Brandenburgica* Ascaniorum gente Alberti Ursi senior filius Otto I. Marchionatum (*i*), juniores partes patrimonii acceperunt (*k*). Mortuo illi a. 1184. successit itidem senior filius Otto II. et huic post a. 1215. frater Albertus II. (*l*) cujus filii Johannes I. et Otto conjunctim quidem de terris paternis investiti ab Imperatore Friderico II. fuerunt, ita tamen, ut illas haberet Otto „*si seniore* *Johannem ejusque heredes premori contingeret* (*m*).“ Binis hisce fratribus auctoribus deinde in duas lineas stirps abiit, quae communes quidem habuerunt terras suas, ita tamen, ut vocem electoralem usque ad finem saeculi XIII. praecipuam haberet stirps senior, ex qua primum illa, mortuo a. 1266. Johanne, seniori filio Johanni II. et deinde a. 1282. fratri, Ottoni IV. cessit (*n*).

(*h*) *Albert. Stad.* ad a. 1211.

(*i*) Marchiae curam vivus jam pater cum filio communicaverat, teste *Dipl.* d. a. 1169. in *Küster Opp. March.* P. XVII. p. 144. et *Schäten. Ann. Paderb.* p. 771. Ex ceteris filiis Hermannus Comitis Orlamundani ap. *Küster l. c.* P. XVI. p. 108. Theodericus, Comitis de Werben *Ibid.* p. 144. et Bernhardus denique Comitis de Aschersleue *Ibid.* p. 108. obtinuit nomen.

(*k*) *Dipl.* d. a. 1190. ap. *Lenz* in *Becman. suppl.* p. 55. „*Ego secundus Otto — in Brandenburg Marchio — precibus fratris nostri, Comitis Henrici de Gardelege.*“

(*l*) *Beckmann Hist. Anhalt.* T. I. p. 313.

(*m*) *Dipl. Frid. II. Imp.* exhibet *Ludewig* in *Reliq. MSS.* T. XII. p. 627.

(n) Communionem terrarum testatur Dipl. d. a. 1281. ap. *Lenz l. c.* p. 90.

§. 27.

c) Landgraviatus a) Thuringiae.

Eandem in *Landgraviatibus* Successionis ex praerogativa aetatis formulam, eadem, quae hactenus, ratio suasit. De his primo loco videamus. In *Thuringiae* Comitatu primitus, Ludovico barbato a. 1056. mortuo successit filius senior Ludovicus Saltator dictus, junior Beringer Sangershusae habitatione contentus esse iussus est (o). Illi post a. 1123. heres factus est ad dignitatem Landgravii evectus Ludovicus, quem excepit ejusdem nominis filius, Landgravii dignitate insignitus, cujus fratres itidem peculiare nomen sortiti sunt, Henricus Rasponis, et Ludovicus de Thungesbrucken (p). Inde Landgravii dignitas ad seniore filium, Ludovicum III. cessit; fratres suis rebus contenti esse iussi sunt, inter quos Fridericus Comitis de Ziegenhayn nomen obtinuit (q). Extincto sine liberis Ludovico III. Landgraviatus ad fratrem seniore, Hermannum, post dubia graviora a rege „*eum sibi subiicere tentanti*“ (r) mota rediit, qui eum a. 1215. filio primogenito Ludovico IV. Sancto, hic vero fratri Henrico Rasponi, infau- sto fato ad imperiale folium evecto, regendum reliquit, quo defuncto a. 1247. infelix bellum ob successionem in terras stirpis extinctae inter filium, ex sorore Henrici primogenita natum, Henricum Illustrem, et filiam prae Henrico deduncti fratris Ludovici, Sophiam Brabantinam, exarsit. Favet eventus in Landgraviatus et Comitiae Palatii Saxoniae successione Henrico Illustri,

quos Imperator illi in eventum in feuda contulerat, addita causa, „quod de patris sui *Herman- ni primogenita sit natus* (s); unde simul patet, per sobolem quoque femininam successionem ex praerogativa aetatis majoris transmissam fuisse.

(o) Dipl. d. a. 1100. ap. *Tenzel Supplem. Hist. Gothan.* *Eckhard Hist. Landgr. Thuring.* c. II. n. 4. 5.

(p) *Chron. Landgr. Thur.* ad a. 1149. ap. *Eckhard l. c.*

(q) *Ann. brev. Landgr. Thuring.* ap. *Eckhard l. c.*

(r) *Godefrid. Colon.* ad a. 1190.

(s) Dipl. Frid. II. Imp. exhibet *Horn in Vit. Henr. III.* Cod. dipl. n. 12. quo Henrico „post mortem avunculi *Henrici Landgravii Thuringiae* duo principatus, veluti *Landgravia Thuringiae et Comitiva Palatii Saxoniae* et omnia alia feuda, quae a nobis et ab Imperio tenentur, — jure conferuntur feudali; tali tamen forma, ut, si sine herede filio — ipsum praemori contigerit, nostra concessio stabilis perseveret, ne inter heredes tunc, quum de patris sui *Hermani* — primogenita sit natus, lites et seditiones oriantur.“

§. 28.

b) *Leiningensem.*

Idem quoque apud Landgravios *Leiningenses* obtinuisse, indubitata rerum gestarum argumenta docent. Senior filiorum *Friderici I. Comitis Emicho III.* Judicis provincialis in *Speirgowe* dignitatem nactus, hanc ad suos transmisit, reliqua hereditate cum fratre *Friderico* divisa (t). Mortuo hoc ad *Fridericum III. Alsatiae Landgravium* omnia cessere, binis deinde filiis, *Friderico* et *Josfriedio* relicta. Inter hos cum acriter de dividenda hereditate paterna disceptatum fuisset, sententia tandem arbitrorum a. 1317. de-

cisum est, ut, quum moris sit, individuum fer-
vari dignitatem ad gentem aliquam jure heredi-
tario delatam, solus Fridericus, tanquam senior
frater, Landgraviatum, et, quae ad illum jure
accessionis pertinerent, haberet; reliqua vero ae-
qualiter inter fratres dividerentur (u).

(t) Carta divis. d. a. 1237. exhibetur in d. Lei-
ning. rechtl. Auszügen. Beyl. n. 1.

(u) Memoratu dignissima est carta illa d. a. 1317.
qua laudum arbitratorum continetur l. c. Beyl. n. 2.
„Wir (die rathleute) sprechen umb Sachen — wegen
Graf Friderichs von Leiningen zwischen ihm und seinem
Bruder herrn Jofried umb die Landgraveschaft und Land-
gericht. So sprechen wir, daß man zu recht niemant
denn einen Landgraven haben soll, der soll ein Landrich-
ter seyn, und auch also herkommens ist von recht, daß
ihr ein vor sein bruder besaß und hatt die Landgraves-
schaft und die Landgericht davon daß er der älteste war
biß auf sein tod. — darumb sprechen wir, daß Gr.
Friderich die Landgraveschaft und Landgericht und das
dazu gehört, d. i. Dgersheim, und das Gut, das
da heisset das Gravengut und Erpolsheim, das Gleit
und Zoll auf der Strassen, und die Manne und Bog-
teyen über die Klöster, die in der Landgraveschaft geles-
gen seint, von recht haben soll — Ob nuhe jemans
spreche, daß ander Graveschaften geteilt seyn, so
sprechen wir das dagegen, daß der Graveschaft
keine kein Landgericht hat, und kein Landgericht
nit in ist. Und auch je und je um dies Landgraveschaft
und diß Landgericht als herkommen ist, daß sie nie ge-
theilt worden, und je und je bey dem Eltisten plieben
seint, und was auch, der ein Landrichter und Land-
grave, nach des Lands recht und Geronheit davon nu-
ze der Gr. Friderich der Eltist und also herkommen ist
von recht, daß er die Landgraveschaft und Gericht mit
recht soll haben vor seinem bruder Jofried.“

§. 29.

c) *Alsatiae*.

Landgraviatum Alsatiae majori inter heredes
aetate cessisse, ex diplomate (v), quo Henri-

cus VI. Imp. illum Sigeberto, atque filio ejus natu majori hujusque posteris masculis in feudum contulerat, patet.

(v) Allegato a Schoepfflin in *Alsat. Illustr.* T. II. p. 523.

§. 30.

b) Comitum sylvestrium.

Luculentissimum quoque ejus rei testimonium praebetur exemplo Landgraviatus, quem Comites sylvestres in feudum a Palatino tenuerunt. Orta enim circa a. 1277. inter fratres, Emichonem et Gothofredum, lite super dividenda hereditate paterna, domini directi sententia, praevio arbitratorum laudo, decisum fuit, ut Landgraviatus indivisus seniori filio cederet, reliqua vero communia illi haberent (w).

(w) „Inquisitione diligente facta super jure utriusque partis in diversis mundi partibus atque locis, a nobilibus terre, Comitibus, liberis baronibus, ministerialibus et militibus instructus“ laudum dixit superior five mediator, secundum quod rescripsit partibus litigantibus dominus directus, Palatinus a. 1277. „in hoc nostrum consilium est firmatum, quod eadem Lantgravia tua semper remaneat indivisa: quare precipimus, ut ipsam Lantgraviam indivisam teneas, ita, quod senior filius eandem possideat, ut sic dominium integrum omni tempore conserveatur.“ Verba citantur a *Kremer* in *der Wild- und rheingräf. Geschichte*, §. 10. p. 10.

§. 31.

c) Burggraviatus Noribergensis.

Agmen denique claudat ejusdem successionis in Comitibus Burggraviatus Noribergensis servatae testimonium, quod colligere licet ex litteris Rudolphi I. d. a. 1273. (x) quibus „Comitiam il-

lam cum castro, custodia portae et judicio provinciali, Friderico et Mariae suae filiae ac ceteris filiabus in feudum concessit, ita tamen, ut si Mariam liberos cujuscunque sexus habere, et Burggravium sine herede masculo contingat decedere, ipsa Maria, exclusis ceteris suis sororibus, cum suis liberis in ipsis feodis succedat."

(x) Ap. *Limn. Jur. publ.* L. V. c. 7. §. 3.

§. 32.

d) *Comitatus.*

Missis his, de Comitatibus quoque videamus. Quae quidem disquisitio multa premitur difficultate, eo, quod historia Comitum apud nostrates inculta paene jaceat, et incautiori ideo pede hanc lineam tangere debeat harum rerum investigator. Ego si quid video, eorum Comitatum, qui Rheno Gallisque proxime adiacent, firmiter stetit successionis formula, quam quidem in remotioribus ab illis oris Germaniae regionibus. Aut vera haec sunt, aut ego, rerum gestarum monumentis destitutus, ea male nego, quae, cum memoria prodita non sint, aequae tamen obtinere poterant: quem errorem lubens, dum meliora dabuntur, erro. Hoc certissimum est, in illis regionibus ab antiquissimis inde temporibus successionem majoris aetate obtinuisse; ad nostra usque tempora perpetuo usu servatam, neque, ut in his oris evenit, miris rerum vicissitudinibus paene extinctam. Cujus rei quaedam saltem exempla allegasse juvabit; simul vero monere lectores, ne eo demum tempore, quo successionis alicujus ex praerogativa aetatis exemplum allegatur, introductam eam credant. Ne-

que enim tanquam Deum ex machina novam produxerunt nostrates succedendi rationem, sed ut plurimum usui antiquissimo illa innititur, quem demonstrare nostrarum quoque est partium, ubi ex indubitatis rerum gestarum argumentis (quod tamen ob remotissimam aetatem raro fieri potest) certi quidquam colligere licet.

§. 33.

a) *Flandriae.*

In Comitatu *Flandriae* „id multis jam seculis servabatur, quasi sancitum lege perpetua, ut unus filiorum, qui patri potissimum placuisset, nomen patris acciperet, et totius *Flandriae* principatum solus hereditaria successione obtineret: caeteri vero fratres aut huic subditi dictoque obtemperantes ingloriam vitam ducerent, aut peregre profecti magis propriis rebus gestis florere contenderent: hoc scilicet fiebat, ne, in plures divisa provincia, claritas illius familiae per inopiam rei familiaris obsoleret.“ (y)

(y) Sunt verba *Lamb. Schaffnab.* ad A. 1071.

§. 34.

b) *Luxemburg.*

Ex gente *Luxemburgica* a. 1057. senior *Conradus* Comitatum patris retinuit, junior *Hermanus* Comitum *Salmensium* fator extitit. Inde *Luxemburgum* ad filium *Conradi* seniore e jusque nepotem transiit (z): cujus stirpe a. 1136. extincta, Comitatus alteri cessit, unde deinde, cum ad renunciandum successioni frater junior adactus fuisset (a), senior *Henricus II.* solus Comitatum

rexit, eandemque successionis formulam testamento a. 1270. condito statuit (b).

(x) *Bertholet Hist. de Luxemb. T. III. p. 421.*

(a) *Dipl. d. a. 1244. Ibid. T. IV. Preuv. p. 26.*

(b) *Ibid. T. V. p. 63.*

§. 65.

c) *Clivensem.*

In familia Comitum *Clivensium* primogenitus Comes reliquos fratres castrorum patrimoniorumve possessione a. 1257. contentos esse jussit (c). Successit deinde patri Theoderico a. 1257. mortuo prae fratribus reliquis senior, cujus quoque filii Theodericus IX. et Johannes speciali pacto a. 1319. inito (d) definierunt, ut hic, accepta pecunia una cum castro et civitate Limensi, hereditati renunciaret, usque dum superstes esset primogeniti stirps. Firmata deinde fuit haec successionis formula statuto Adolphi, primi Clivensis ducis, perennaturo, accedente statuum provincialium consensu a. 1418. condito (e), cujus observatum perpetuo usum non successionis tantum vicissitudines, sed et pactum dotale inter Wilhelmi, Ducis Juliacensis filiam et Johannem, Ducem Clivensem a. 1496. initum (f) docent.

(c) *Anonym. in Chron. Cliv. cit. ap. Teschenmacher Annal. Cliv. etc. p. 224. n. 7. „Theodericus (Comes Clivensis) — genuisse videtur primogenitum nomine Theodericum et alium ejusdem nominis, qui fuit dominus de Hikerade et Tonenberg, et adhuc alium, qui fuit praepositus Xantensis et possessor castri in Carbenheim, quod a fratre suo Theoderico tenebat in feudum.“*

(d) *ap. Teschenmacher l. c. Cod. Dipl. n. 46. p. 36.*

(e) *Ibid.* n. 81. p. 84. „Dat onse Stede na vnsen Doeden — tot ihren Landesherrn nemen wollen — vnsen äldsten Soen, off Wy zwen Soene achter en lieten, und off Wy Döchter achter en lieten, onse aldeste Döchter. —

(f) ap. *du Mont* C. D. T. III. P. II. n. 187. p. 367.

§. 36.

d) *Juliacensem.*

In Comitatu *Juliacensi* itidem majoris in Comitatum successio usu servata fuit: postgeniti ad Clericatum ablegati, aut patrimonio contenti esse jussi sunt. Unde ex familia *Juliacensi* domini de *Berchem* (g), de Castro (h), de *Blankenem* (i), obveniunt: aut simpliciter de *Juliaco* five pueri de *Juliaco* nominantur (k).

(g) *Brofii Jul. Montiumq. Annal.* p. 3.

(h) *Ibid.* p. 7.

(i) *Butkens Trophées de Brabant.* p. 128.

(k) *Id.* p. 91. in dipl. d. a. 1253.

§. 37.

e) *Sabaudiae.*

Eandem successionis rationem in *Sabaudiae* Comitatu servatam utraque pagina historiae *Guichenoniana* docet. Thomae a. 1233. defuncto successit filius Amadeus IV. reliqui domini de *Sabaudia*, five de *Chablasio* (l) dicti. Statutum idem deinde a. 1268. fuit lege scripta testamento Petri (m) Thomae a. 1282. (n) Amadei a. 1307. (o) Aimonis a. 1343 (p) Amadei VI. a. 1383. (q) isque mos ad nostra usque tempora transiit.

(l) e. g. in dipl. d. a. 1235. ap. *Guichenon Hist. de Savoye*. T. I. p. 57.

(m) *Ibid.* dans les *Preuv.* p. 75.

(n) *Ib.* p. 100.

(o) *Ib.* p. 362.

(p) *Ib.* p. 170.

(q) *Ib.* p. 216.

§. 38.

f) *Geldriae*.

De Comitatu *Geldriae* doceri idem potest diplomate Adolphi Caesaris d. a. 1295. (r) quo Reinaldo, *Geldriae* Comiti concessit, „*casu, quo sine prole mascula decederet, ut filiorum (filiarum) ejus natu major succederet in Comitatu et in aliis feodis ab Imperio dependentibus.*“

(r) ex Archivo Namurc, producto a *Chifflet* in *Lotharing, Mascul.*

§. 39.

g) *Sarraepontanum*.

„*Consuetudinem terrae esse, quod major filius et primogenitus debeat succedere in Comitatu Sarraepontano*“ sunt verba pactorum dotalium d. a. 1309. inter Simonem, Comitem de Saarbruck, et Margaretham Sabaudicam initorum (s).

(s) ap. *Guichenon Hist. de Sav. Preuv.* p. 637.

§. 40.

h) *Spanheim*.

Haftenus ex historiarum fide series successionum sistere licuit, unde ad modum succedendi facilis fuit conclusio. In ceterioribus Germaniae

regionibus origines familiarum et historiae incultae misere jacent: vix ac ne vix quidem in tenebris scintilla micat. Paucae Comitias, quae officium aliquod dignitatemve continerent: plures Comitatus, neque tamen originarios, sed ex allodiis feudisque mixtos et sequiori demum aevō, cum dignitatum memoria maxime exspirasset, Comitatus encomio insignitos, offendas. Hi cum nos non tangerent, sed communi successionis formula ob originem suam regantur, de Comitibus, ex conjectura satis probabili originariis, quaedam exponamus. Exempla dabunt Comitiae *Spanheim*, *Sayn*, et *Nassau*. In familia Comitum Spanheimensium extinctorum senior Comitatus ad finem usque saec. XIII. quo Comitatus ad Saynenses per nuptias transiit, adeptus est (t) et solus Comitis, ceteri vero fratres dominorum elogio compellati sunt (u).

(t) Cf. *Trithem. Chron. Sponheim.* ad a. 1155.

(u) in dipl. ad a. 1247. ap. *Kremer dipl. Beytr.* p. 80. n. 98. occurrunt „*fratres de Spanheim*, Johannes (*primogenitus*) Comes, Henricus dominus de Heinsberg, *Symon et Eberhardus*,“

§. 41.

i) *S a y n.*

Castrum *Sayn* cum Archiep. Trevirensi tanquam feudum oblatum esset a. 1152. (§. 19. not c.), statuta fuit individua castri qualitas et unius successio, quae deinde in successionem majoris aetate abiit. Extincta deinde Saynensium stirpe mascula ad Sponheimenses delatus fuit Comitatus, unde filius Johannis II. senior Gothofredus novae Saynensis gentis fator extitit: cujus quoque filii, Johannes et Engelbertus pac-

to definierunt, ut senior ille Comitatum, hic vero castra quaedam jure feudi a fratre seniore tenenda haberet (v). Idque sequenti quoque aetate servatum fuisse, docent Litterae reversales Johannis Comitis Saynensis d. a. 1340 (w) de Comitatu Saynensi AE. Trevirensi oblato et in feudum iterum accepto, quibus statuitur „quod comitatus seu castrum Saynense ac alia feuda et jura — ob defectum heredum ad dominum Trevirenses devolvi non possint, dummodo Comitatus, castrum, bona et feuda remaneant indivisa, et quod semper unus Comes sit tantummodo in eisdem.“

(v) Carta Engelberti d. a. 1294. extat in Lünig R. A. P. spec. T. XI. p. 400. n. 256.

(w) ap. Hontheim Hist. Trevir. dipl. T. II. n. 657. p. 154.

§. 42.

1) Nassau.

In gente Nassica id reperio, quod in divisionibus „castrum in Nassau et Comitatus per totam provinciam indivisa, servata sint (x); unde ob rationes jam adductas successio quoque majoris aetate in his colligi potest, quam tamen non diu usu obtinuisse, infra videbimus.

(x) Divis. Walram. et Otton. Com. Nassov. d. a. 1255. in Reinhardts fl. Ausführ. p. 272.

§. 43.

•) dignitates minores.

Coronidis loco de dignitatibus quoque minoribus et, quae earum sustinendarum causa collata sunt, feudis, eadem, quae hactenus, dixisse suf-

ficiet. Cum enim eadem in his ratio succedendi, quae in maioribus, adfuerit, eandem quoque usu servatam fuisse, doceri potest. Obtinuisse majoris aetate in officia principalia Ecclesiae, antiquissimum adest de Ecclesia Corbeienſi testimonium (y). — Gens Bolandiorum hereditate Falckenſteinenſi dives, ineunte ſaec. XIII. per fratres Wilhelmum et Philippum plenariam rerum ſuarum iniit diſiſionem. Nomen Bolandicum cum *Imperii dapiferatu* penes Wernerſi Senioris lineam manſit (z): juniore Philippo Dynaſtia Falckenſtein portionem et nomen conſtituit. Neque hujus ſtirps in relictas ſub finem ſaec. XIV. Bolandiorum opes ſucceſſit, ſed illae ad Palatinos pervenerunt.

(y) *Ann. Corbei.* ad a. 1047. „Significat Heinricus Rex infeudatis miniſterialibus, oppidanis et toti congregationi Corbeienſi, quod — communi Principum conſilio et ſententia adiudicatum ſit, quod univerſa officia eccleſiae (Corbeienſis) ad nutum ſuum (Abbatſ) ſint inſtituenda, exceptis quatuor principalibus, quorum bona nullius juſtitiae vel aſtutiae interventu ab ipsis officiis poterunt alienari: et quod officiatorum filii ſeniores et legitimi patrum officiis ſuccedant pleno jure.“

(z) *Carta Werner, Boland.* d. a. 1277. ap. *Guden. Cod. Dipl.* T. I. p. 795. „feudum in Geilinhufen, quod ab Imperio habuimus, et tanquam major natu de parentela noſtra poſſedimus.“

§. 44.

2) Inuadunt dignitates ſucceſſionis communis principia, quod patet exemplo.

Adduximus principia, quae non potuit non amplecti antiquior aetas, cum originem adhuc ſuam referrent dignitates. Jam vero nova orditur periodus, cum, quae haecenus adminiſtrato-

rio nomine exercebantur, officia, jure proprio habendis adniterentur regni magistratus. Inde cum ipsa originis memoria evanuit quoque officii exercendi et specialis successionis, quae ad majorem aetate pertinuerat, ratio, et, quae hactenus exercebantur alieno nomine jura supremæ majestatis, jam una cum ipsa terra, in qua exercebantur, pro patrimonio haberi coeperant, quae, ex successionis communis principiis, inter heredes aut dividerentur, aut communia haberentur. Hac ipsa rerum mutatione factum est, ut, quemadmodum in reliquis terris, quae communi hucusque successionis norma regebantur, quarumque curam et communia gentis negotia gesserat forte major ex familia aetate, jam in terris, hisce originetenus individuus idem invalesceret (22). Insignis haec rerum vicissitudo fatalem successionis ex praerogativa aetatis, et individuae possessionum illustrium qualitatibus epocham constituit, cum non unam alteramve tantum gentem aut officium jure hereditario habitum, sed communi fato omnia omnino officia, ferius ocyus, invasisset.

(22) Exemplum hujus rei illustre praebet *Ferdinandi I. Austriaci* dispositio d. a. 1554. ap. *Schroetter* Oesterr. St. R. V. Abh. Beyl. n. 5. p. 449. ubi, divisis contra statutam olim regulam, inter filios terris ita ille: „nachdem vermög unserß herzogthums Desterreich hergebrachten Freyheiten verordnet worden, daß der Eltist unter den Erzherzogen die herrschaft des Landes haben, und daß diß Erzherzogthum nimmer getheilt solle werden: deswegen es in künstlig Zeit bey einem röm. Kayser auch Churfürsten, Fürsten und Ständen verwunderlich seyn möchte, wo ein jeder unserer Söhne seine Fürstenthum und Lande selbst von der R. M. und dem Reich insonderheit empfienge, und dann dardurch wohl Ursach gegeben werden möchte, daß die Stände auf ir jeden nach einem besondern Anschlag in

des Reichs Obligen machen würden wollen, oder mit Bestätigung unsers Erzherzogthums Freyheiten etwas Aenderung unterstanden werden möchten — Darum sich auch sonst wohl gebührt, daß unsere jüngere Edhne auf ihren ältesten Bruder ihr freundlich und brüderlich Aufsehen haben, ihn für iren Vorgeer erkennen, und in ihren fürfallenden wichtigen Geschäften seines Raths pflegen — setzen und ordnen wir, was für Lehen auch Confirmation und Bestätigungen F. L. als Erzherzoge zu D. von dem H. R. R. zu empfangen haben, daß unser Sohn Mar und nach seinem Abgang jeder Eltist unter unser andern Edhnen und iren Erben dieselbe zu irer aller handen und gemeinlich empfahen solle."

§. 45.

a) *Electoꝛatuum.*

In hac universa rerum metamorphosi si quid unquam, id certe expectandum erat, antiqua probatum iri, ubi ratio specialis successionis superstes remanerat. Communium regni negotiorum summa, extinctis Ducibus palatinis, ad novos Electores redierat, qui tamen intuitu possessionum suarum, non vi dignitatis personalis, officium suum gerebant. In possessiones vero illas, quibus innitebatur jam electoralis vox dignitasque, cum ex communi successionis regula succedendum esset, invaluit, ut, una cum dignitate iis adhaerente, inter heredes dividerentur illae, aut communes haberentur: unde enata est opinio, munus quoque electorale et negotiorum regni administrandorum partes inter plures heredes stirpesve divisa communia haberi debere (a). Id quod de singulis Electoratibus demonstrari potest, et sub finem maxime saeculi XIII. accidit.

(a) Nicol. Burgund. in Hist. Bav. p. 10. „Ea tempestate Principes omnes ejusdem familiae pari jure septemviratu fruebantur, donec pactis aut divisionibus a communione exciderent.“

§. 46.

a) *Bavaro - Palatini.*

Divisionem terrarum suarum a. 1253. fecerat familia *Bavaro - Palatina*, ut inter filios Ottonis Illustris senior Ludovicus Palatinatum cum parte Bavariae, junior Henricus Bavariam inferiorem sortiretur (*b*). De voce vero electorali cum dispositum nihil esset, uterque frater communi nomine eam gessit (*c*), id quod singulari quoque Rudolphi I. Regis Principumque sententia fuit confirmatum, eo quod „ratione *Ducatus Bavariae* illis id competeret ex antiquo“ (*d*). Excidisse vero postea videtur dignitatis hujus communione stirps Bavara inferior, cum iterata a. 1294. divisione inter filios Ludovici Severi, qua seniori Rudolfo Palatinatus, juniori Ludovico Bavariae superioris pars cessit (*e*), ad solum Palatinum vox electoralis rediisset (*f*). Neque vero in quietis possessione mansit, sed perpetuis Ludovici Bavari, ad imperiale postea solium evecti, sollicitationibus adactus est, ut una cum rebus suis in Communionem haberet utraque stirps electoralem dignitatem (*g*); quod vero cum eventu caruisset, speciali pacto a. 1329. Paviae inito cautum fuit, ut, ditionibus divisis, vicissim illam sustineret utraque stirps (*h*), cui tamen aequae ac illi conventioni eventus non respondit; denique vero Palatinis solis cessit electoralis dignitas (*i*).

(*b*) *Chron. August.* ad a. 1255. Neque tamen sine contradictione hanc divisionem factam fuisse, colligas ex *Adlzreiter Ann. Boic.* P. II. L. VII. ubi contradicentibus respondent Bavari: „id juris apud Germanos esse receptum: pares omnes pari portione hereditatem adire consueisse, nulla habita ordinis nascendi aut annorum ratione: singulis nationibus

*suas esse leges: se, cum Germani sint, germanico jure
majorum exemplo usus.*“

(c) Ex Dipl. Rud. I. d. a. 1275. ap. *Lambec. Bibl. Vindob.* L. II. c. 8. p. 828. patet, a. 1257. et 1273. utrumque fratrem vocem electoralem gessisse.

(d) cf. *dipl. alleg.*

(e) *Litteris feudalibus* Ludovico Severo a. 1281. jam potestatem dederat *Rudolfus Rex* „bona sua paternam et matrem inter filios suos dividendi et aequam legem in divisione servandi“ ap. *Oefel. Scr. Rer. Boic.* T. II. p. 104. quod et a. 1294. evenit.

(f) Solus certe nominatur „*Rudolfus Dux Bavariae*“ in Decret. Elect. Henr. VII. in *Baluz. Vit. Papar. Avenion.* T. II. p. 267.

(g) *Pactum inter filios Lud. Sev.* a. 1313. initum ap. *Tolner C. D. P.* n. 118. p. 80. sq. „daß wir gemahnlichen in unserer herrschaft beleiben und miteinander leihen und geben, dieweil wir leben — und wir H. Rudolf sollen die Wahl han an der Chur des Reiches, dieweil wir leben: ist auch, daß unser bruder Ludwig uns überlebt, so soll er der herrschaft herr seyn, und soll auch die Wahl haben an der Chur des Reiches, und sollen unser Ehint — keinen Theil fordern, dieweil er lebt — Wenn auch wir und unser bruder beede nit sin, so soll der älteste unter unser beider Ehinten die Wal haben, dieweil sie ungeteilt miteinander sind. Bordernt si aber iren Teil anandern, so sollen sie gleich theilen, u. soll weder Elter noch Jünger besser recht haben, weder an der Wal noch an dem Gut vor dem andern, und welcher an die Wal gevellet, der soll dem andern die Wal widerlegen mit anderm Gut der herrschaft.“

(h) ap. *de Olen/schlager Erl.* der G. B. im U. B. n. 5. p. 7. „die Wechselung der Wahlen des Reichs zwischen ihn und iren Erben, und unsern Kindern und iren Erben soll fürbas ewiglich belieben.“

(i) Constitutum erat a. 1338. a. Rudolfo Comite Palatino „daß nicht mer wan einer unter uns und allen den, die Pfalzgrafen bi dem Rine sint — Nur an dem Riche hat“ ap. *Hontheim Hist. Trev. Dipl.* T. II. p. 135. n. 650.

§. 47.

b) Saxoniae.

Idem accidit in Electoratu Saxonico. Ex divisione a. 1260. facta duae ortae sunt lineae, Lauenburgica senior et Wittebergensis junior. Jam, utri vox electoralis cederet, quaerebatur. Ex Wittebergensium stirpe Albertum II. electioni Adolphi Nassoici et Alberti I. adfuisse, certum est (k). Sed lite huic mota a Lauenburgicis, res in longam disputationem abiit, utrum illi ob possessionem terrarum, quibus inniti vocem electoralem perhibebant, an vero hi ob jus antiquioris lineae praeferri deberent (l). Rem dubiam ipsi agnoverunt Electores, in electione Henrici VII. Lauenburgicos admittentes „*si de jure vel consuetudine repertum fuerit, eos fore ad electionem admissos*“ (m), sed nodum Alexandrino more solvit Carolus IV. cum solos Wittebergenses, exclusis Lauenburgicis, ad electoralem dignitatem admitteret (n).

(k) Compos. firmat. consensu AE. Mogunt. a. 1356. Jan. 2. ap. Guden. C. D. T. III. p. 356.

(l) Albert. Argentin. l. c. „(Erico, D. Sax. Lauenb.) ex successione patris sui senioris Rudolfo duce, jus eligendi competere dicebatur, quamvis Rudolfus (Witteberg.) Caroli elector quaedam dominia, quibus Principatum annexum asserit, habere praetendat.“

(m) in Decreto Elect. Henr. VII. cit.

(n) Quanquam in unionem jam electoralem a. 1338. soli cooptati essent prae Lauenburgicis Wittebergenses, tamen non ab omni partium studio alienum fuisse Carolum IV. colligere licet ex documentis a Dreyero in den Nebenstunden p. 351. productis.

§. 48.

c) Brandenburgici.

In Marchionatus *Brandenburgici* successione aetatis primitus praerogativam obtinuisse, vidimus. Deinde vero cum commune non modo regimen, sed divisiones quoque terrarum invaluisse, de voce quoque electorali gerenda disceptari coepit. Factum primum est in Electione Adolphi Nassoici, ut duarum linearum Antistites, Ottones, inter se contenderent (o), deinde vero communi nomine id negotii administrasse videntur (p). Extincta deinde gente Ascania, cum Marchionatus ad Bavaros transisset, cooptatis in terrarum communionem a Ludovico Romano fratribus, majoris quidem aetate in Electorali dignitate statuta fuit praerogativa (q), paulo tamen post communem sibi esse jusserunt speciali pacto fratres Bavari (r), usque dum omnia per Auream Bullam definirentur.

(o) *Pauli Preuss. Staats. Gesch. T. I. p. 330.*

(p) in *Decret. Elect. Henr. VII. citato mentio fit „Waldemari Marchionis Brandenburgensis pro me et Ottone patruo meo cujus vices in hac parte gero.“*

(q) in *Litt. Investit. Caroli IV. d. a. 1350. ap. Gercken Cod. dipl. Brandenb. T. I. p. 294.* „Es soll der Eldest unter den Brüdern Marggrafen zu Brandenburg, und ob sie nicht enwerden, auch der eldste unter ihren Erben die Stimme und die Wahl eines römischen Königs haben.“

(r) *Divis. Ludov. Sev. c. fratribus Lud. Roman. et Ottone d. a. 1351. ap. Scheidt Bibl. hist. Gotting. p. 261.* „Were auch, daß sich gepürte zu kiesen die Chur an dem reich, die unserer lieben bruder ist von der March wegen zu Brandenburg, so sollen wir mit unsern bruder ein Man seyn, und sollen miteinander einmuthiglich kiesen, dieweil wir lebent.“

§. 49.

b) *Comitatum.*

Electoratus aetate proxime excipiunt *Comitatus*, Rudolphi I. quidem sanctione, ut ne dividerentur sine Regis consensu, definitum fuit, (§. 22. not. m.) cui tamen non diu stetisse Majores, ex pluribus argumentis colligere licet. Non publicum tantum de divisione Comitatus invadente prostat initio saeculi XIV. exaratum documentum, (§. 28. not. u.) sed exemplis quoque, quanquam non adeo frequentibus, (cujus rei rationes supra §. 39. expositae) doceri id potest. Neque vero omnes, quas Comitis alicujus familia celebravit unquam, divisiones, Comitias quoque tetigisse, et, quae illis annexae erant, possessiones, sed, quod supra vidimus, haec indivisa, cum patrimonia reliqua dividerentur, restiterunt. His positis terminis, invaluisse hoc aevo mos dici potest, ut, neglecta jam pristinae dignitatis memoria, ipsae Comitiae pro patrimonii partibus haberentur, quarum a reliquis propriis rebus separatae rationes amplius non essent. In anterioribus itaque Comitum divisionibus cum sollicite Comitiae a reliquo patrimonio distinctae essent, et indivisae soli seniori cessissent, jam nulla earum, quae originem dignitatis referrent, amplius fit mentio. Sic in *Sponheimensium* Comitum familia, hereditate Saynensi divite, Comitatus quidem Saynensis ad solam lineam Johannis I. seniore rediit: Comitiae vero paternae Sponheimensis ditiones ita divisae sunt, ut Johannes II. Starckenburgicam seniore, Simon II. Crudenacensem constitueret (s). In stirpe quidem Crudenacensi conatus reviviscentis praerogativae aetatis deprehendas, qui tamen subse-

cuta a. 1281. nova divisione suppressi sunt (t): a quo inde tempore perpetuae obtinuerunt divisiones. — In Comitatu *Nassovico* post a. 1255. nulla amplius Comitiae indivisae mentio fit, sed post divisionem a. 1303. (u) celebratam ulteriores linearum divisiones frequentes leguntur. Deinde singulare quoque fatum expertus est Comitatus *Diez*, in quo ipso successio majoris aetate, ad filias quoque transitura, usu servata fuerat (v), cum, extincta a. 1384. gente Diezienfi, ex filia ultimi Comitis, Jutta, Adolfo Comiti *Nassoviensi*, patri, itidem filia nata esset, Gothofredo *Epsteinienfi* deinde nupta, Comitatus inter *Nassovios* et *Epsteinieneses* a. 1480. divideretur (vv).

(s) *Crucenacensem* ditionem antiquitus ad Comitiam *Sponheimensem* pertinuisse videre est ex dispositione *Megenhardi Comitis* d. a. 1123. ap. *Trithem. Chron. Sponh.* p. 240.

(t) *Johanni natu majori pater Simon* a. 1278. „Comitatum *Spanheimensem* gubernandum reliquerat“ ap. *Trithem. l. c.* p. 289. sed divisione mox subsequuta a. 1281. contentio inter fratres sopita est, cum magna quidem senioris praerogativa, neque tamen ex pristina formula. Divisionem fraternam exhibet *Guden. C. D. T. I.* p. 782.

(u) Cf. *Reinhardus Fl. Ausführ.* n. 12.

(v) Vid. dipl. *Caroli IV.* d. a. 1374. in *Lunig N. A. Spic. sec. T. I.* p. 639.

(vv) ap. *de Senckenberg Sel. Jur. et Histor.* T. II. p. 349.

§. 50.

c) *Landgraviatum.*

Post Comitatus mutandae formulae antiquae series Comitias provinciales, seu, quos vocant,

Landgraviatus tetigit, quae firmo adhucdum pede steterat, cum in Comitatibus jam antiquata illa esset. In ipso Landgraviatu Leiningensi, quem indivisum cedere debere seniori pronunciaverant a. 1317 arbitri, eo quidem tempore, quo Comitatus divisio jam invaserat, (§. 28. not. u) paulo post sententiam dictam transactione litem sopiverunt fratres, ut in communione haberentur non castrum modo Leiningen cum advocatiis ecclesiasticis, sed et Comitatus provincialis urbsque Oggersheimensis; soli vero Joffriedio cederet Hartenburgicum castrum (*w*). Meminerint lectores, omnes has res tanquam seniori addictas fuisse superiori demum anno Friderico, quae eadem jam tanquam communes juniori quoque fratri cedunt. Hoc vero tempore in conflictu versari antiquae et novae successionis principia; neque id aliter sane obtinere poterat, cum superiori jam anno 1316. non constiterit amplius inter arbitros, an, quod comitatus provinciae annexum antiquitus erat praedium, das Gravengut dictum, allodii, an feudi jure esset censendum (*x*) Landgraviatum vero *Alsaciae* jam circa medium saeculum XIII. communem a fratribus habitum fuisse, diplomatum fide constat (*y*), adeo, ut in verbis infra allegatis origines mutationis in modo successionis factae deprehendere liceat. — *Brisgovicum*, qui, extincta linea Zaringica ducali, lineae Bada - Hachbergensi cessit, a. 1256. fratres, Henricus III. et Rudolfus I. ille Hachbergicae, hic Saufenbergicae stirpis factor, conjunctim indivisum habuerunt, donec ex divisione ad solos Saufenbergicos, juniorem stirpem, pervenit (*z*). — Luculentissima denique pereuntis dignitatum memoriae vestigia legere li-

cet ex litibus sub initium saec. XIV. in familia *Wildgraviorum* inter Henricum ex stirpe seniori Schmidburgica, et Fridericum ex Kyrburgensi altera ortis. Indivisam olim tenuisse hanc familiam Landgraviatus dignitatem, supra (§. 30.) vidimus. Provocaverat quoque ad id Henricus (a), verum enim vero tertio postea anno communio arbitratorum sententia fuit definita (b).

(w) in den Leining. rechtl. Auszügen. Beyl. n. 4.

(x) Kundschaft der Rathleute d. a. 1316. in der Gartenburg. Demonstrat. n. 3. p. 76. „als sie hant erfahren von iren Vorfahren, daß Oggersheim die Graveschaft seye, und zu Lehen rührte von dem herzog von Bayern, und dazu höre — das Gute, das da heisset das Gravegut. Das wissen sie nit, wie das von Alter sey herkommen, wenn daß es das Gravengut je und je von Alter her geheissen seye, und wissen nit wessen es eigen sey oder lehen sey.“

(y) Carta d. a. 1239. ap. *Hergott. General. diplom. Habsburg. in Cod. Prob. n. 311.* „die Lantgraveschaft ze Elsaß. sit si des von erst mit willen übereinkamen, daß die Grave Albrecht und Rudolf (fratres) nit enteilten; so suln sie die gemeine han, diemile sie leben, sie enkomen denne icht anders mit willen überein.“ Cf. quoque *Schoepfflin Als. Illustr. T. II. p. 526.*

(z) *Schoepfflin Hist. Zar. Bad. T. I. p. 433.*

(a) Klagpuncten Wildgr. Heinrichs gegen Wildgr. Frid. d. a. 1324. in der Wild- und rheingräf. Gesch. §. 14. p. 19. „Ich spreche auch me, daß die herrschaft, Burglehen und man, daß die mein sollen sin bit bezzeren rechte, denn sin, wande min Vater der älteste was.“

(b) d. a. 1327. in der Gründl. Ausführ. der Rheingr. Grumb. u. Rheingrafenst. Erbfolgsrechts Lit. R.

§. 51.

d) *Ducatus Austriae.*

Si quid unquam, id certe expectandum erat, servatum iri *Ducatus Austriae* individuum indo-

lem et majoris aetate successionem, lege quoque publica sancitam. Sed enimvero nihil tam sanctum fuit, quo non anniteretur rei novitas. Per varias itaque vicissitudines factum est, ut in his quoque terris pristina formula, aequae ac in reliquis, defuetudine sensim sensimque antiquaretur. Res primum eo, ut regiminis cura et communia gentis negotia seniori soli demandarentur, ipsae vero terrae communi nomine haberentur (c), redire videbatur. Deinde vero pactis temporariis redditus ex ditionibus communiter habendis, definitis tamen, ex quibus capiendi illi erant, regionibus, inter fratres Albertum III. et Leopoldum III. divisi sunt (d), ita tamen, ut seniori lineae de potissimis in regimine, etsi interimistico pacto, partibus prospiceretur (e). Degeneravit itaque majoris aetate in successione praerogativa in senioratum, quem dicimus (f); in linea vero juniori frequentes divisiones susceptae sunt (g). Inde longae enatae sunt disputationes, an definiendae sint in percipiendis redditibus regiones, nec ne; quo factum quoque est, ut pactis ad tempus subinde initis mox admitteretur ille percipiendorum reddituum modus, mox vero prohiberetur (gg); utque mox statueretur, mox negaretur senioris aetate in partibus regiminis suscipiendis praerogativa (h). Res cum ita se haberent, cum vaga omnia effecta fuissent perpetuis litibus, ad divisionem denique non potuit non deveniri (i), quo facto omnis senioris personae lineaeve evanuit mentio et praerogativa.

(c) Dipl. Rud. IV. Austr. D. d. a. 1359. ap. *Steyerer Hist. Alb. Addit. ad. c. 1. col. 285. 288.* ubi mentio fit senioris fratris „der als Eltest unter ihnen vollen und ganzen Gewalt jezo hat“ — Statut.

gentilit. Rud. IV. d. a. 1364. l. c. col. 401. „Alle gegenwärtige und zukünftige Länder von Oesterreich sollen allezeit ungetheilt verbleiben, und ihnen allen gemein seyn — Solle allezeit der Elteste die oberste herrschaft und den größten Gewalt haben, und sollen doch der Land aller ungeteilt gleich und gemeine herren seyn — daß je der Elteste unter uns soll Vorgeer, Besorger und Verweser seyn der ander aller —

(d) Pacta temporaria extant d. a. 1373. ap. *Schroetter Oester. St. K. V. Abh.* p. 149. d. a. 1375. *Ibid.* p. 150. d. a. 1376. *Ibid.* p. 150. d. a. 1379. *Ibid.* p. 152.

(e) Idque denuo definitum est pacto inter filios Leopoldi et Albertum patrum a. 1386. *Ibid.* p. 182. „daß Albrecht als der Älteste und wirklicher Gewaltträger aller Länder in aller Namen regieren solle. Auch nach A. tod solle der älteste Fürst ohne alle Auszeichnung die ganze Regierung und Einnahm aller Renten so lange inne haben, bis einer der lebenden Herzoge nach erreichter Vogtbarkeit eine Auszeichnung verlangen würde.

(f) *Append. ad Hageni Chron.* ad a. 1395. ap. *Pez Scr. Rer. Austr.* T. I. col. 1160. „Mortuo duce Alberto coeperunt simul regnare in Austria et filius suus Albertus et avunculus suus Wilhelmus et ille tanquam senior, fuit magna lis inter istos duos avunculos, videlicet Albertus filius voluit regnare sicut verus heres patris et terrae: Wilhelmus vero sicut senior secundum dignitatem terrae privilegiatam —

(g) Prima evenit a. 1406. de qua cf. *Gerard de Roo Ann. Austr.* p. 128. de secunda a. 1411. facta *Areupeck in Chron. Austr.* ap. *Pez* T. I. c. 1275.

(gg) Prohibitus est pacto temporario d. a. 1436. ap. *Schroetter* l. c. p. 171. admissus vero pacto d. a. 1446. *Ibid.* p. 179.

(h) Senioris praerogativa in eo posita fuit pacto citato d. a. 1436. daß er als der Älteste der Land Vorgeer, Verweser und Besorger seyn soll. quod repetitum fuit statuto familiae a. 1440. condito l. c. p. 175. quibus, quid effectum sit denique, patet ex

dispositione Ferd. I. d. a. 1554. ap. *Schroetter*
Oest. St. R. V. Abh. Beyl. n. 5.

(i) Transactione perpetuo valitura facta est terrarum divisio a. 1453. l. c. p. 181, nulla plane senioris mentione facta.

§. 52.

e) *dignitatum minorum.*

Quod ad minores denique Regni dignitates pertinet, medio jam saeculo XIII. Advocatiam Imperii, quam tenuerat gens Münzenbergica, mortuo a. 1250. Ulrico Munzenbergico, communem primum individuo nexu tenuerunt (k), deinde vero divisione (l) inter se partiti sunt heredes Ulrici Philippus Falkensteinensis, Engelhardus et Conradus de Weinsberg, Helwig de Pappenheim, et Agnes denique Schonenbergenfis.

(k) Stollberg. Deduct. über die Königstein. Erbf. Adi. n. I.

(l) cf. *Ludolf Symphor. Cons. forens.* T. III. P. II, c. 275.

§. 53.

3) *restituta pristina formula in terris electoralibus originariis.*

Quae cum ita se haberent, parum fane abfuit, quin de omni omnino successionis specialis ex praerogativa aetatis delatae formula actum fuisset. Ipsa tamen communis successionis norma, per quam plures ad hereditatem admittendi erant, in dignitate electorali, et, quae ei adhaerebant, negotiis Imperii subeundis, minus ferenda videbatur Carolo IV, Imp. qui, quantis vel sola re-

gis electio inde premeretur difficultatibus, suo ipsius exemplo expertus erat (m). Constituit itaque ille sanctione jure quasi postliminii reducta, ut „*Principatus, quorum virtute seculares Principes Electores jus et vocem in electione Rom. obtinere noscuntur, cum jure hujusmodi, nec non officiis, dignitatibus, et juribus aliis, eis et cuilibet eorum annexis, et dependentibus ab eisdem, adeo conjuncti, et inseparabiliter sint uniti, quod jus, vox, officium, et dignitas, alia quoque jura, ad quemlibet Principatum eorundem spectantia, cadere non possint in alium, praeter illum, qui Principatum ipsum cum terra, vasallagiis, feudis ac dominio, ac ejus pertinentiis universis dinoscitur possidere*“ (n), quem majorem natu ex gente electorali esse debere, antecedenti constitutione sanxerat (o).

(m) Cf. *de Olenschlager Gesch. der ersten Hälfte des 14. Jahrh.* §§. 174. 182.

(n) A. B. c. 20.

(o) *Ibid.* c. 7.

§. 54.

Non tamen in novis accessionibus; quod obtinuit

Ex verbis modo adductis ea quidem mens Imperatoris colligi posse videtur, ut tam praesentibus quam futuris Principis electoris terris inniti debeat electorale munus; cui ipsi opinioni non parum roboris inde accedit, quod non tantum postgenitis Electorum filiis alimentis definiendis, non patrimoniorum divisione, (quod olim obtinuisse, supra demonstratum extat) prospici voluerit legislator (p); sed eadem quoque norma statutis familiae Palatinae, paulo post A.

B. a. 1374 (q) eademque a. 1392. (r) ulterius firmata, conditis, praecipue vero absolutissima Lege a Ruperto II. a. 1395. posteritati suae dicta (s) repetita fuerit. Verum enim vero, quidquid ejus rei sit, aliam mentem conciliavit legi clarissimae usus sequioris aevi continuus, eam scilicet, ut nonnisi originariis Electorum patrimonii inniteretur electoralis dignitas; quae vero noviter demum accessissent, communis successionis norma, secundum quam vel dividerentur vel jure communionis haberentur terrae illae, regerentur.

(p) A. B. c. 25.

(q) Conv. int. Rupertos, Sen. et Junior. ap. *de Olenſchlager* Erläut. d. G. B. im U. B. n. 58. „sollen wir dieselbe Fürstenthume, Schlosse, Land und Lute allezeit untheilt bey einem unsrer Erben lassen bleiben, der der elteste sy.“

(r) in d. gründl. Unters. einer sog. Rupert. Constitut. Lit. W.

(s) in *Lünig* R. A. T. V. p. 583. n. 225 ubi: „Daß die Schloss, Burg und Stätte — bey unserm Churfürstenthum der Pfalz verbleiben sollen bey dem einigen Herrn, der da Pfalzgraffe ist — derselbe soll auch versorgen die andere sein Brüder — ob ein ander Herrschaft angehele, daß vor unserm Lande nicht gehört hätte, damit sollen doch dieselben wider unsern Erben, der der einig Herr ist, nichts thun.“

§. 55.

a) in familia Palatina.

In ipsa illa familia *Palatina*, quam iteratis adeo vicibus A. B. dispositionem repetiisse vidimus, terrae electorales originariae primogenito Electori cesserunt; caetera divisa sunt inter heredes aut jure communionis habita. Statuta fuit

ea norma testamentis posterorum Ruperti II, proxime sese excipientium Ruperti III, (t) Ludovici Barbatu (u) et Philippi Ingenui (v). Vergente porro ad interitum stirpe electorali, de cernenda futura hereditate paciscuntur agnati Simmerenses, Bipontini et Veldentini, ut uni parti Electoratus, alteri, quod reliquum erat patrimonii, cederet (w). Ex his deinde Fridericus III. Simmerensis, cum Elector factus esset, fratribus terras suas cessit (x), unde, cum improles illi decessissent, ad filios Friderici III. postgenitos, qui idem cum patruis fatum experti sunt, ex testamento paterno redierunt (y). Integrum itaque denuo fuit Friderico III. Electori, filio juniori Ludovico Philippo Principatum Simmerensem testamento adsignare (z), cuius demum emortua stirpe ad unum Carolum Ludovicum omnia redierunt.

(t) d. a. 1410. in *Lunig R. A. T. V.* p. 597. n. 228.

(u) d. a. 1427. in *Struv Form. Succ. Palat.* p. 65. „Daß die Pfalz und die Chur bey unserm ältesten Sohn verbleiben soll, und alle unsere Söhne, alte und junge, unsere Theile an den Schlossen und Pfandschaften — in Gemeinschaft mit einander haben sollen.“

(v) d. a. 1506. l. c. „quod primogenitus debeat esse elector cum terris electoratus adscriptis; in cetera territoria instituit heredes conjunctim L. et F. filios, pro indiviso possidenda, reservata facultate, dividendi ea, si in Communione permanere noluerint.“

(w) per *Paß. Disibodenberg*, d. a. 1541. in *Lunig R. A. T. V.* p. 651.

(x) *Moser St. R. T. XIII.* p. 29. sq.

(y) *Pütter im Handb. v. t. Staaten*, p. 389.

(z) *Moser l. c.* p. 30.

§. 56.

b) *Saxonica.*

In familia *Saxonum* Misnica communes habuerunt res suas post mortem patris, Friderici bellicosi, filii, easdemque tamen, cum multas lites peperisset commune regimen, ita a. 1445. diviserunt, ut primogenito jure praecipuo terrae electorales cederent (a). Eandem quidem primum communis regiminis formulam servarunt hodiernae gentis Saxonicae fatores, patruus improlis hereditate divites, Ernestus et Albertus, ita tamen, ut praecipua senior caperet Electoratum et tractum Witebergensem: sed paulo post, anno sc. 1485. in divisionem uterque descendunt, qua hodiernum terrae Saxonicae in Electorales et Ducales distinctae sunt (b). Inhaesit deinde denuo mori Communionis antiquo electoralis familia, ita tamen, ut praecipuus Friderico Sapienti dicto Electoratus cederet, donec infausto fato dignitate sua exueretur, ad alteram deinde lineam transitura, quae eandem usque ad medium Saec. XVII. formulam servavit.

(a) *Lunig N. U. P. spec. IV. Contin. IV. Abth. II. Ubs. p. 211. 214.*

(b) *Ibid. p. 237.*

§. 57.

c) *Brandenburgica.*

Eodem quoque titulo habitae sunt acquisitae noviter ab Electoribus *Brandenburgicis* terrae. Placuerunt certe genti, auctoribus Friderico, primo ex familia Burggraviorum Norimbergensium electore (c), et filio ejus, Alberto Achille (d), repetitae rerum suarum divisiones, quibus ab

Electoratu separatae sunt ditiones Franconicae, postgenitorum ex illustri familia lautiores hereditates: quae omnia, emortua sub initium Saeculi XVII. stirpe juniore, conventionem Geraviensi a. 1603. denuo firmata sunt (e).

(c) testamento a. 1436. condito, cujus mentem exponit *Pauli in der Preuß. St. G. T. II. p. 148. sq.*

(d) cujus dispositionem d. a. 1473. integram libro eidem inseruit *Idem l. c. p. 301. sq.*

(e) *Lunig R. A. P. spec. IV. Abth. III. Abs. n. 20. p. 45.*

C a p. III.

Sect. II.

De Successione speciali majoris aetate nova.

§. 58.

B) *Nova successio specialis ex rationibus politicis conservandarum familiarum introducta est: eique*

Praeter electorale itaque officium, cum in oblivionem abiisset omnis dignitatis personalis ab illustribus personis sustinendae memoria; evanescere quoque debuit, quod supra augurati sumus, specialis in illas ex praerogativa aetatis delata successio. Neque enim illarum locum occupasse novos Ducatus, Land - et Marggraviatus, Principatus, et Comitatus quisquam sibi persuaserit, quos, patrimoniorum feudorumque congeriem, honorifico illo encomio, a dignitate saepe extincta repetito, insignitos, adeoque ob originem suam communis successionis norma rectos fuisse, constat (f). Divisae itaque sunt aut

jure communione habitae, quotquot erant, familiarium illustrium Germaniae terrae, usque dum incommoda inde oriunda sentirent illae, et rationes conservandi splendoris gentilitii denuo suaderent, quod ex Reipublicae formula constitutum olim, sed antiquatum sensim sensimque fuerat. Quod quidem, quibus rerum vicissitudinibus factum fuerit, exposuisse juvabit; seculis enim opus erat, ut inveterato Principatum dividendorum errori tandem valediceret Germania: nec turbarum intestinarum ex divisione nascentium exemplis, nec provenientibus inde civium infortuniis, nec evidenti dignitatis decremento a tam funesto avertenda proposito.

(f) Testimonium Wilhelmi, Hassiae Principis, producit *Fritsch de Incorp. bonor. Membr. 2.* „Daß das ganze Fürstenthum Hessen von vielen particulier Stücken sowohl Allodial als Lehen zusammengebracht, und ein Corpus individuum und Fürstenthum daraus gemacht worden, und dasselbe dergestalt zusammengebrachtes Fürstenthum mit allen und jeden seinen partibus integrantibus vom h. Reich zu lehen rührte.“

§. 59.

1) *Via parata.*

Neque vero, cur tam lente successerit saluberrimum propositum, mirandum est, cum non nisi aegre ab hereditate avita arceri possent, quos et Majorum consuetudo et ipsa nativitas aequali jure vocaverat. Variis itaque, donec, faventibus temporum rationibus, ad constituendam perpetuam successionis specialis normam descendendi posset, remediis consuli debuit interituro familiarum illustrium splendori: quibus ipsis moliminibus mox felicem, mox sinistrum respondisse eventum, facilis conjectura est.

§. 60.

α) *Generatim*, α) *per destinationem ad Clericatum*.

Obtinendi ejus finis causa frequenti praecipue usu apud nostrates servatum est, ut victus ex clericali vita quaerendus esset aliquibus, ubi alimentis plurium heredum pro dignitate gentis splendidioris definiendis non sufficebat patrimonium, adeoque ex ulteriori divisione ne damnum aliquod emergeret, cavendum erat (g). Successit id propositum non ob saeculi tantum superstitionem, sed et divitiis adeo abundabant Ecclesiarum dotes, ut tam laute, quam quidem ex frequentius justo divisis rebus avitis, prospectum sibi iri sperare possent ad Clericatum destinati; quibus omnibus id quoque accedit, quod alimentorum loco plerumque a successoribus, si hereditati renunciare vellent, praestandae erant pecuniae. Tam frequentibus abundant historiae ejus rei testimoniis, ut actum agere videri possem colligendis illis operam daturus (h).

(g) Causam Renunciationis, ut plurimum non satis expressam, omnino dixit Henricus *Wurtemberg. Com.* a. 1465. in *Sattler Gesch. von Würtenb. T. IV. Beyl. n. 34.* „Nachdem wir vermerken, daß nicht zu Erdrückung und Untergang der Fürstenthum und Herrschaften dienet und gepüret denn der Teilung und Zertrennung, als das leider an vil enden gesehen und gehört ist, und aber unser Herrschaft und Gravenchaft W. lang Zit und vor vil hundert Jaren vast hoch und würdiglichen herkommen — ist.“ 2c. 2c. Deinde quoque post divisionem terrarum *Hanoicarum* a. 1458. initam (§. 66.) singulari pacto statutum est: „welcher unter yne beyden (dividentes) mer eeliche Söhne hätte, dann einen Sone, so solte doch ire jeglicher nit mer denn einen Sone werntlich lassen, der yne deuchte der Gr. der nuzte und der redlichste sin, und die andere alle geistlich machen, off daß die Gr. H. nit ferner verteilt und zurissen würde — hette aber yre ei-

ner eeliche Söhne und der ander nit, weren der Sone zwene, die möchte er werntlich lassen: weren aber me dann zweene, so sollte er dieselben Söhne, waz der über zweene weren, geistlich machen.“ ap. *Senckenberg* in *Diff. de filia ultimi gentis suae etc.* Adi. n. 10. Cf. quoque *Dispos. Wilhelm. Wittgenstein.* d. a. 1553. ap. *Lunig R. A. Spic. Sec.* p. 1022. n. 74.

(h) Exemplorum cumulum videtis in *Deductione Salmensi* novissima, quae anno 1770. prodiit: von der Ausschliessung der Geistlichen und dem Vorzug der weltl. Brüder in der Solge in t. Ländern.

§. 61.

b) *per prohibita matrimonia postgenitorum.*

Deinde conservandis familiis, et detrimento, ex frequentibus divisionibus emergenti inde quoque consultum esse duxerunt, ut fratres juniores pacto de matrimonio non ineundo adstringi curarent, donec stirps primogeniti superesset, vel alia ratione, quam rerum avitarum hereditate, posteritati suae prospicere possent postgeniti (i). Sollemnis is mos praecipue fuit familiae *Leiningensi*, in duas lineas, Landgraviam scilicet et Hartenburgicam, sub initium saeculi XIV. distinctae. Cavit illa ulteriori divisioni ejusmodi pactis a. 1497. (k) primum, deinde a. 1529. (l) et 1536. (m) initis, denique vero post iteratam divisionem a. 1610. (n) repetitis.

(i) Carta Joh. de Ziegenhayn de a. 1440. ap. *Kuchenbecker Anal. Hass. Coll.* XII. p. 414. „Daß wir uns wyben fullen, und he soll uns vor den eltesten herrn halden, uff daß die Graffschaft zu Ziegenhayn und Nidda unzerteilt bleiben: und were, daß uns kein Weib würde, so solten wir unserm Br. wohl gönnen, ein Weip zu nehmen — es were denn, daß wir ein Weip und Erben hedden: Konnte he sich dann gewiben uf ein ander Lant, das sulde he tun.“ Idem consti-

tuitur quoque pacto Com. *Leiningensium* proxime] n:
(k) citato.

(k) In Pact. int. fratres Emich. et Hesson in *Deduct. Leining. d. a. 1728. Beyl. n. 1.* causa dicitur: „als unser Vater und ander unser Voreltern hinter ihnen eine beschwerte Grafschaft mit kleiner Nutzung gelassen.“

(l) *Ibid. n. 2.* „Wir (5 fratres) haben uns be-
dacht, wie unser Gr. in merklichen Abfall kommen, und
deren nicht daß denn durch eine gute Heurath wieder
aufzuhelfen, welches aber, so wir alle oder mehr denn
einer unter uns sich beweiben würde, zur Verderblichkeit
unser aller diene.“

(m) *Ibid. n. 3.*

(n) *Ibid. n. 4.*

§. 62.

c) *per dispositiones paternas speciales.*

Denique vero dispositione speciali paterna inter filios facta unius successio non raro statuta fuit: ita tamen, ut ultra proxime eventurum successionis casum extendenda illa non fuerit. In remotiori enim aetate difficultate maxima premebantur regulae successionum generales: imo vero non sine magna contradictione speciales ejusmodi normas constitui potuisse, res gestae docent. Satisfactum vero fuisse eo casu fratribus junioribus vel clericali beneficio, vel redditibus quibusdam adsignatis, facile intelligitur. Quae omnia familiarum Bavaricae (o), Isenburgicae (p), Hanoviensis (q) et Rieneccianae (r) exemplo abunde satis illustrari possunt.

(o) Vid. *Arenbeck Chron. Bav. L. V. c. 73.*
et *Dispos. Alb. III. d. a. 1460. ap. Adlzreiter P. II. L. 9. n. 1.*

(p) Pact. dot. inter Henr. de Ysenburg et Adelh.
Hanoic. d. a. 1332. ap. *Guden C. D. T. V. p.*

1017. „Wir sullin machin S. unsern Sun einen ey-
nigen Erben aller unser Herschaf — und ob er abeginge
one Lehens Erbin, Ph. unsern Sun.“

(q) Statut. *Vlr. C. Hanov.* conditum a. 1339. et
repetitum a. 1343. exhibetur in *Deduct. Hass.*
Cassel. v. d. Beschaffenh. des hanauisch. Primog.
R. Marb. 1737. Lit. A. et B. quibus heres fit Ulri-
cus primogenitus, ceteris vero fratribus reditus ad-
signantur. Inprimis vero notanda quoque est dispo-
sicio, ut, extinctis sine prole duobus majoribus aeta-
te filiis, Comitatum habeat. „welcher unter ihren be-
sten Freunden und Mägen Reinh. oder Christian (fra-
tres) zum herrn fören würden.“

(r) Vid. Pact. famil. d. a. 1497. ap. *Guden l.*
c. p. 488.

§. 63.

Quibus vero conatibus eventus saepissime non respondit.

Sed enimvero satis instabilis erat, ita ad con-
servandum splendorem familiae composita, regu-
la, cum ipso illo casu, in quem directa erat,
interitura. Poenituit quoque non raro praestitae
renunciationis in res avitas postgenitos sive vitae
monasticae vivendae taedio (s), sive alimento-
rum penuria parum delectatos, quo facto periit
omne, quod ad conservandas familias directum
fuerat, propositum. Accedit deinde et hoc,
quod quandoque sustinendae familiae ad interi-
tum vergentis ergo ad patrios lares reversi, at-
que matrimonium ineuntes postgeniti ad com-
munionem sive divisionem ineundam provocarent
(t): quam ipsam legem ipsimet saepissime re-
nunciationi suae dixerant (u).

(s) Exemplum ejus rei praebet Henricus, Comes
Wurtembergicus, qui, Clericatu relicto, a. 1473. ad
consortium regiminis adspiravit: quae lis, assignato
Henrico Comitatu Mömpelgardensi, Vracensi trans-
actione eodem anno sopita est, apud *Sattler Wür-*
tenb. Gesch. T. IV. Beyl. n. 58.

(t) Factum id est in familia Com. de *Rieneck* a. 1454. cum fratri seniori post 6 annos, quibus conjugium inierat, nonnisi filia unica nata esset, et ob eam rationem cum fratre juniore Communionem primum, deinde vero Divisionem quoque iniisset, ap. *Guden. C. D. T. V. p. 395. 412. 431. 433. sq.*

(u) Cf. e. g. *Cart. cit. Joh. de Ziegenhayn et Pact. Com. Leining. d. a. 1610, in Deduct. Leining. cit. Beyl. n. 4.*

§. 64.

b) *speciatim, a) in terris communibus.*

Haec fere sunt, quae de conatibus ad conservandas familias illustres directis dici generatim poterant. Restat, ut, quomodo in terris communiter habitis vel divisis, statuendae individuae indoli et majorum aetate successioni via parata fuerit, videamus. Juris feudalis Germanici erat regula, ut res feudales communes e manu domini senior reciperet: unde facile quoque effectum est, ut et reliqua communia familiae negotia ejusdem curae demandarentur, vel certe in suscipiendis illis potissimae ejus essent partes. Haec deinde principia in obeundis regiminis communis partibus adplicata fuisse, conjectura, luculentissimo Comitum Wurtembergicorum exemplo, infra §. 67. allegando, patet.

§. 65.

b) *in terris divisis.*

Terrarum vero subdivisarum domini eam rationem inierunt, ut, cum primum, alterutra stirpe extincta, ad alteram solam res divisae redditurae essent, individuas illas servari et majori aetate cedere debere, reciprocis pactis definirent, id quod saec. XIV. in familia Brunsvicensi factum

quidem, sed eventu destitutum fuisse, constat (v). Deinde quoque, ne ex ulteriori terrarum subdivisione detrimenti quid caperet gentis suae dignitas, speciali dispositione d. a. 1537. cavit Principum Bada - Durlacensium fator, Ernestus (w).

(v) Convenit a. 1355 inter D. Magnum Sangerhusanum et Wilhelmum ex altera Brunsvicensium stirpe improlem, ut, mortuo hoc, ex filiis illius natus major, Ludovicus, utrumque Principatum solus haberet. Pactum exhibet *Lunig R. M. T. IX. p. 1012.* Cf. quoque *Orig. Guelf. T. IV. Praef. p. 25. sq.*

(w) ap. *Schoepfflin Hist. Zar. Bad. T. IV. p. 17. sq.*

§. 66.

2) *Excipiunt hos conatus normae generales de uniendis terris, et successione majoris aetate, cujus a) Initia a) saeculi XIV. exigua.*

Praemissis his, quomodo Illustrium Germaniae terrae in Unionem ex perpetua norma coierint, exponere lubet. Constitutas fuisse in quibusdam familiis vergente ad finem saec. XIV. ejusmodi Uniones, sed plerasque in defuetudinem iterum abiisse, deprehendes: adeo, ut infirmiori fundamento illo quidem aevo stetisse individuum terrarum indolem cum majoris aetate successione, exemplo praecipue familiarum *Brunsvicensis, Hanoicae et Badensis* colligendum sit. Constituerant fratres Brunsvicenses, Magni II. Torquati filii, pacto a. 1374. inito, ut Principatus indivisus perpetuo ad majorem aetate pertineret (x); quod vero divisione inter eosdem a. 1388. proxime subsecuta (y) sublatum iterum fuisse, patet. Idem quoque fatum *Hanoicas* terras tetigit, statuto quidem a. 1375 condito (z) in perpetuum unitas,

deinde vero, cum ob metum interiturae gentis matrimonia ineunda essent postgenitis, divisas (a). Denique *Badenses* quoque fratres, Bernhardus I. et Rudolfus VII. speciali pacto perpetuo valituro a. 1380. (b) ulteriorem rerum suarum divisionem prohibuerunt: cui tamen aequae non stetit successores, divisio a. 1527. inita testatur, qua in lineam Badensem et Durlacensem familia abiit (c). Quae cum ita evenerint, ex omnibus illis saec. XIV. Unionibus sola restitisse videtur *Lippiaca*, a. 1368. constituta (d): cuius per saecula servatum usum ex Confirmatione Caesarea a. 1593. impertita (e), nec non ex testamento Simonis a. 1597. condito (f) colligere licet.

(x) ap. *Lunig. R. A. T. IX. p. 252.*

(y) vid. *Hoffmanns Samml. ungedr. Urk. T. I. p. 193.*

(z) ap. *Lunig. R. A. P. spec. Cont. II. Abth. VI. in suppl. p. 351.* „daß immer eweliche numme denn ein herre sin solle — wenn daz von unsern Aeltern auch also auf uns ist kommen.“ Cf. quoque *Laud. AE. Mog. inter fratres Hanoicos in der Cassel. Ded. von der Primog. in Hanau. Lit. F.*

(a) factum id primum est dispositione Reinhardi d. a. 1448. in der *Cassel. Ded. pt. der Hanauisch. Primog. Lit. H. adjuncta causa movente*: „wiewoln unsere Eltern sich verschreiben han, daß ein herr der Gr. v. H. seyn solle: doch Zweyunge und Verderbnisse zu verhalten, und zu versehen, daß die Gr. one eheliche Söhne nit bliebe.“ Idemque repetitum fuit Dispositione de terris Hanoicis inter Philippum seniore postea Lineae *Lichtenbergicae* conditorem et Philippum juniorem *Münzenbergicum* dividendis, quae extat in *Senckenberg Diss. de filia ultimi gentis suae private succedente. Gott. 1736. Adi. n. 10.* „daß die Gr. H. one Söhne nit außstürbe, als kürzlichen an faste me Graveschaften und Herrschaften geschehen were.“

(b) ap. *Schoepfflin Hist. Zar. Bad. T. V. p. 513. n. 293.* „daß nun die Marggr. zu B. nicht mehr getheilt soll werden — denn an zweene unserer beyder Erben, — also daß zu dem meisten nicht mehr denn zween Erben unser Land und Leut besitzen sollen.“

(c) *Id. T. IV. p. 17. sq.*

(d) ap. *Lunig R. A. P. spec. VI. Abth. X. Abs. p. 91.* „daß unsere gemeine Land und Herrschaft ungetheilt ewiglich bleiben soll, und haben wir eine Gnade gegeben allen denjenigen, die in unserm Lande wonen, daß sie — nicht denn einen Herrn haben, der der Herrschaft von der L. einiger Erbe sey.“

(e) *Ibid. p. 94.* „daß mit etlichen glaubwürdigen uralten vor 100. und mehr Jahren seinen Unterthanen gegebenen Privilegien zu bescheinigen, daß bey den Gr. u. Herrn zu L. über undenkliche Jahre eine stete Gewonheit sey, daß die Gr. L. cum pertin. unzertheilt von dem ältesten Erben nach der Succession der Primog. allein regiert werde.“

(f) *Ibid. p. 97.*

§. 67.

b) *laetiora saec. XV.*

Laetius haec aliquantum succedebant, saeculi XV. quod proxime sequebatur, aevo, ita tamen, ut nonnisi nascentem teneram saluberrimi propositi aetatem deprehendas. Coierunt ea aetate in perpetuam unionem, qui postea in Ducatum erectus est, Comitatus Wurtembergicus, et Frisia orientalis. Illius potissimum exemplo adparet, ab individua terrarum qualitate ad unius regimen concludendum subito non esse. Indivisas quidem ab antiquissimis inde temporibus, sed communes tamen habuerunt terras suas Comites Wurtembergici: divisas deinde (g): denique vero ita unitas, ut major aetate solus succederet (h), id

quod, cum remota essent, quae ex reliquiis pri-
stinae Communionis remanserant, incommoda,
publica sanctione in Ereptione Ducatus a. 1495.
constitutum fuit (i). Idem quoque testamento
a. 1512. (k) condito disposuit Edzardus, Frisiae
Orientalis Comes: atque, cum ad divisionem pro-
vocasset Edzardi II. filius junior, Johannes, prae-
stitis huic lautioribus alimentis, ulterius firma-
tum (l) et sub finem saeculi XVI. litteris ab
Imperatore datis stabilitum fuit (m). Eandem
denique legem heredibus suis dixit ultimus Spon-
heimensium Comes, Johannes, transactione a.
1425. inita (n), eam scilicet, ut unus tantum-
modo ex familia heredum suorum, Hermanni
Badensis, et Friderici, Comitis Veldentini, he-
reditatem haberet. Neque tamen omnibus ejus-
dem uniendarum terrarum moliminibus idem
eventus respondit. Alia enim ipsa necessitate,
uti *Ducum Saxonorum*, dignitatem electoralem
nactorum d. a. 1499. (o) sunt abrogata: alia,
uti Comitum *Isenburgicorum* d. a. 1444. (p)
Bavaricum (q) et *Slesuico - Holsaticum* (r) in
desuetudinem abierunt: *Austriacum* vero a Ma-
ximiliano I. expressum, cum meditaretur ille,
consentientur Carolo V. ditiones Austriacas ad
Ferdinandum I. transferre, ad effectum nun-
quam deductum fuit (s).

(g) Dipl. Eberh. C. d. a. 1321. ap. *Sattler*
Würt. Gesch. T. I. Beyl. n. 59. ubi: „Wår aber,
davor Gott sey, daß die Herrschaft geteilet würde.“
Communionis quoque clara adsunt vestigia d. a. 1344.
ap. *Sattler l. c.* T. II. p. 157. a. 1361. vero, cum
divisio a fratre juniore desiderata, sed negata fuisset,
(*Ibid.* p. 197. 198.) placuit repetita Communio a.
1419. (*Ibid.* T. III. p. 125.) donec denique a.
1441 et 1442. ad divisionem descenderetur. *Id.*
T. III. p. 144 et 148.

(h) Contulerant in Unionem Pacto Munfingenfi a. 1482. ap. *Sattler l. c. T. IV. Beyl. n. 100.* terras antea divisas Eberhardi Senior juniorque, definito per perpetuam legem Senioris aetate regimine: idque post varias lites ab Eberhardo Juniore motas nova transactione a. 1489. repetitum (*Ibid. T. V. p. 3.*) atque a. 1492 pacto Eßlingensi ulterius firmatum est. *Id. l. c. p. 19.*

(i) *Sattler l. c. T. V. Beyl. n. 20.*

(k) *Lunig R. A. P. spec. IV. Abth. XXIV. Abt. n. 7. p. 499.* „daß unser ältester Sohn, der dann im Leben ist, ein regierender Herr seyn soll aller unsrer Lande und Gebiete, sich auch alleine darob vermählen, und seine Erben alsofort.“

(l) *Ibid. p. 502. n. 12.*

(m) *Ibid.*

(n) ap. *Schoepfflin Hist. Zar. Bad. T. VII. n. 364. p. 144.*

(o) Extat test. Alb. d. Sax. ap. *Lunig R. A. P. spec. S. IV. p. 24.* ubi inter filios ita disponit: „daß die Lande nicht sollen getheilt, sondern zu gleichen Theilen besessen werden: und darnach unter Irer beyde L. L. Erben der Eldiste — Regierung der Lande halten und haben soll.“

(p) Dispos. Dieterici Isenburgici d. a. 1444. legitur ap. *Lunig R. A. P. spec. T. XI. p. 605.* quam tamen divisione a. 1488. inita sublatam iterum fuisse, colligere licet ex testamento Ludovici Com. (*Ibid.*) id quod inde factum est, quod, qui ad Clericatum destinatus fuerat filius junior, voluntatem ex voto patris mutaverat.

(q) cujus mentionem facit *Adlzreiter Ann. Boic. P. II. L. IX. §. 96.* „factum utriusque fratris voluntate, probantibus lectis ex omni Provincia 64. sacri profanique ordinis Optimatibus, ut aeterna lege in tabulis relata statueretur, ne quis provincialium filiorum, praeter natu maximum eundemque Provinciae heredem, summae rei praeesset: ceteris Comitum titulus, et digna suo sanguine conditio ex hereditarii census usufructu aliqua contributione servaretur. „Sed enimvero fratrem deinde fratri communionem regiminis extorsisse, certum est.“

(r) Vid. Rud. II. Imp. Confirm. Primog. Jo. Adolf. d. a. 1608. ap. *Lunig R. A. P. spec. Cont. II. p. 57.* „daß Herz. Joh. Ad. vorbringen lassen, wiewohl mit etlichen glaubwürdigen uralten mehr denn für anderthalbhundert Jahren von S. L. Vorfahren der Holsteinischen Ritter- und Landschaft gegebenen Privilegien zu bescheinigen, daß die Lande ewig unzertheilt benjaminen bleiben sollen: daß jedoch von S. L. Vorfahren anfänglich zwar aus besondern hochwichtigen Ursachen das Fürstenthum Holstein in zwey Linien — vertheilet worden, welches aber von den folgenden Herzogen in consequentiam gezogen, und unter den Gebrüdern höchstschädliche divisiones begehret werden wollen.“

(s) Produxit hoc ex Codice MSCto. *Biblioth. Vienn. Schroetter Vesp. St. R. V. Abh. p. 193.*

§. 68.

§) *magni Successus saec. XVI. adiuvantibus regulis juris publici antiquati.*

Adiuvit vero quam maxime hos conatus subsequenteris saeculi, et provida amplificandis familiis cura, et superstitio. Senferunt enim indies, quantum consuleretur splendori gentilitio conservando eo proposito, Germaniae Proceres, idque studium ineunte saeculo XVI. mirifice ad rationes politicas efformatum fuit: cui quidem promovendo enata quasi videtur illius aevi superstitiosa opinio, ac si ex publica sanctione Legum feudalium Longobardicarum, qua Principatus dividi prohiberentur (t), imo vero lege quoque divina (u), individua terrarum Germanicarum indoles et maioris aetate successio constituta esset. Opus vero quam maxime fuit ejusmodi persuasionibus, cum non aegre solum ab hereditate avita arceri et ad curtam supellectilem ablegari possent postgeniti, sed et in quibusdam familiis, vel ex rationibus ex jure divino derivatis, Jus Primogeniturae maximo odio haberetur (v): quo ipso factum quo-

que est, ut illo ipso aevo, quo constituta fuerat, ejusmodi terrarum unio defuetudine abrogaretur, id quod Mecklenburgicae (x) praecipue contigit; imo vero speciali dispositione iterum tolleretur illa, quae antea in familia Löwenstein-Wertheimensi (y) constituta fuerat. Haec cum ita se haberent in paucioribus modo familiis, *Braunsvicensi* scilicet, *Bavarica* (z) et *Palatina*, perpetua lege ex praerogativa aetatis successio definita est. Divisae haecenus erant terrae aut communes habitae a Brunsvicensibus, cum irriti cecidissent de constituenda earum Unione conatus: dispositum id denuo fuit a. 1535. in linea juniore Brunsvicensi a. 1634. extincta, testamento Henrici Senioris et pacto fraterno (a); idemque testamento quoque Julii a. 1582. (b) repetitum. Apud Palatinos vero post varias demum vicissitudines eo deventum est. Divisione scilicet a. 1410. facta inter filios Ruperti III. Electoris, Stephano Principatus Simmerensis cessit, unde ad hujus filios, ad Fridericum pars Simmerensis et Ludovicum Nigrum Bipontina pervenit. Illa a. 1557. ad solum Johannis II. primogenitum delata: haec vero vi testamenti a satore conditi communis a filiis habita est. Qui deinde in linea Bipontina solus superstes remansit Alexander, ut unus tantum filiorum sibi succederet, reliqui clerici essent, disposuit, idemque pacto quoque fratres firmarunt: sed cum vitae clericalis poenituisset Rupertum, in duas lineas, Bipontinam scilicet et Veldentinam stirps abiit (c); quarum utraque amplius subdivisa, illa testamento Wolfgangi a. 1568. (d) in lineas Neuburgicam et Bipontinam: haec a. 1571. in Veldentinam et Luzelsteinensem fuit (e). Neuburgicus Princi-

patus ex lege Ottonis Henrici Electoris, qui ad Bipontinos illum transtulerat, indivisus ad maiorem aetate redire debebat (f): in linea vero Bipontina subdivisa anno demum 1594. idem constitutum est (g).

(t) Quaedam saltem ejus rei testimonia allegasse juvabit. Cf. e. g. Testam. Jo. Alb. D. Mecklenb. d. a. 1573. ap. *Lunig R. A. P. spec. IV. Abth. VI. Abs. n. 6.* „und obwohl uns unverborgen, daß in etlichen Chur- und Fürstlichen Häusern die Lande und Leute unter denen Söhnen zugleich pflegen ausgetheilet zu werden: so haben wir doch wichtige Ursachen, warum wir solches anders verordnen (ob detrimenta sc. ex divisione oriunda) darum auch die Kayserliche Lehenrechte ausdrücklich verbieten, die Herzogthümer, Marggraffschaften und dergleichen Stamm- Lehen nicht zu theilen, sondern in einem Corpore zu lassen.“ Testam. Arnold. Com. Bentheim. d. a. 1591. in *Ded. Bent. sup. Jur. Primog. a. 1747.* „nachdem eine jede Grafschaft nach Ausweisung der Kayf. und Reichs Lehenrechten nicht könnte vertheilt werden.“ — Rud. II. Confirm. Primog. *Holsat. d. a. 1608.* ap. *Lunig R. A. P. spec. II. Cont. IV. Abth. X. Abs. p. 57.* ubi eam rationem datae Confirmationis allegat Imperat. „diemeil wir ohne daß geneigt, unsere und des H. R. R. Stände in ihrem Stand und Wesen zu erhalten: darzu unserer Vorfahren am Reich promulgirte Satzunge *de prohibitis feudorum alienationibus et divisionibus* zu denen bey vielen fürstlichen und gräflichen Häusern im Reich eine Zeit hero eingeführten Primogenituren gleichsam Anlaß geben.“

(u) Provocat ad vetus testamentum Comes Saynensis, Ludovicus, in testamento a. 1593. condito ap. *Lunig R. A. Spic. sec. n. 98. p. 1046.*

(v) Sic, Senioratu introducto, pacto a. 1629. inito caverunt fratres *Vinavienses*: „daß aller Einführung eines fremden, dem Fürstenstand und Einigkeit ebenbürtiger Gebrüder oder Vettern höchstschädlichen, ungleichen und unbilligen Dominats- und Primogenitur- Wesen fürgebauet werden möge.“ Cf. *Moser St. R. T. XII. p. 464.*

(x) testamento D. Jo. Alb. a. 1573. constitutae ap. *Lunig R. A. P. spec. IV. Abs. VI. Abth. n. 6. p. 502.* quod sublatum fuit divisione a nepotibus Adolfo Friderico et Johanne Alberto II. a. 1611. inita, qua terrae Mecklenburgicae in partes *Suerinensem* et *Gustroicam* abierunt.

(y) Stat. gentil. d. a. 1597. ap. *Lunig R. A. Spic. sec. n. 23. p. 501.* „ob uns wohl unverborgen, was bey etlichen gräflichen Geschlechtern wegen der erstgebohrnen Söhne Prærogativen und alleiniger Regierung gehalten und herkommen, darum aus solchen fast anmuthigen Particular = Gebrauch und wohlbekannten Exempeln ebenmäßiges Beginnen nicht unzeitlich zu besfahren; derhalben sowohl dergl. unbrüderlichen Vernachtheilung als daraus fließenden Zwietracht zu steuern — haben wir all solche Ungleichheit aufgehoben.“

(z) per testam. Alberti V. d. a. 1573. ap. *Moser St. R. T. XII. p. 431.*

(a) ap. *Moser St. R. T. XIII. p. 76.*

(b) *Lunig R. A. P. spec. Cont. II. IV. Abth. IV. Abs. n. 23. p. 286.*

(c) Pactum Marburgicum exhibet *Lunig R. A. P. spec. T. V. n. 255. p. 653.*

(d) Vid. Köhlers Münzbelust. T. IX. p. 95. sq.

(e) *Moser St. R. T. XIII. p. 58.*

(f) ap. *Struv Form. Succ. Palat. p. 117.*

(g) *Moser l. c. p. 53.*

§. 69.

γ) *maxime saec. XVII. et XVIII.*

Vicit denique maximam partem, quod dubitationis in ea re supererat, saeculorum XVII. et XVIII. aetas, quippe quae Uniones olim statutas, usque contrario antiquatas restituit (h); molimina hucusque irrita ad effectum deduxit;

rd non comprehensa extendit (*i*); quae infirmio-
pi fundamento steterant, auctoritate caesarea fir-
mavit; utne res divisae Electorum (*k*), Princi-
pum (*l*) Comitumque (*m*) ulteriori divisione
nimius justo diminuerentur non cavit tantum,
sed et publica quandoque sanctione firmavit (*n*).
Quantumcunque vero illi proposito ob amplifi-
candas res suas (*o*) faverint Germaniae Proce-
res, eo tamen deveniri non potuit, ut pro ea,
quae a. 1653. ad deliberandum in Comitibus uni-
versalibus proponebatur sententia, ex communi
norma in familiis illustribus statueretur specialis
ex praerogativa aetatis in terras unitas successio
(*p*). Ex quibus omnibus merito colligendum
putem, hunc successionis germanicae modum,
quanquam in plerisque familiis usu servatum, et
conservandis earum splendori mirifice proficuum,
nonnisi specialem esse, pro quo juridica non
militet praesumptio.

(*h*) Exemplum hujus rei illustre praebet Primoge-
nitura *Austriaca* testam. Ferd. II. a. 1621. constituta
ap. *Schroetter* Dest. St. R. V. Abh. Beyl. n. 6.

(*i*) Sic Comitatus Mömpelgard Primogeniturae ne-
xu Ducatui unitus demum fuit testamento Caroli
Alexandri. Ducis Wurtembergici d. a. 1737. Cf.
Moser St. R. T. XIII. p. 247.

(*k*) Primogenitura Electoralis *Palatina* per Pac.
Westph. art. IV. §. 12. statuta, emortua linea Sim-
merensi, effectum plenissimum sortita est: *Saxonica*
testamento Jo. Georgii I. a. 1652. constituta est in
Lunig R. A. T. V. S. IV. p. 196.

(*l*) Ex his quaedam saltem notabimus: omnium
enim numerum inire, nec documentorum insufficien-
tia, nec praesentis instituti ratio patitur. Factum id
est 1) in stirpis *Badensis* linea seniori testamento
Eduardi Fortunati a. 1600. quod, quanquam solis
filiis lex ea dicta fuerit, a posteritate tamen serva-

tnm fuisse adparet. Vid. *Schoepfflin Hist. Zar. Bad.* T. VII. p. 502. in *Durlacensi* vero statuta fuit illa successionis formula a. 1615. testamento Georg. Frid. l. c. T. IV. p. 209. 2) in familiae *Holsaticae* linea *Gottorpica* a. 1608. ap. *Lunig R. N. P. spec.* Cont. II. Abth. IV. Abs. X. p. 56. n. 42. in regia vero familia a. 1616. de quo cf. *Moser St. R. T.* XIII. p. 168. 3) in gente regia *Brunsvicensi* post constitutas a. 1641. binas lineas regentes *Cellensem* et *Hanoveranam* a. 1680. *Moser l. c.* p. 108. 4) in *Saxonica ducali Gothana* a. 1680. ap. *Ludolf de Jure Primog. Adp. fasc. II. Ijenacensi*, a. 1685. in *Lunig R. N. P. spec.* IV. Abth. II. Abs. n. 69. p. 211. *Vinariensi* a. 1724. *Moser St. R. T.* XII. p. 473. 5) in *Anhaltinae* linea *Bernburgica* a. 1678. l. c. T. XIII. p. 112. et renovata a. 1709. in *Moser St. R. von Anhalt.* p. 305. *Cöthensi* pacto fraterno d. a. 1616. in *Lenz Becm. suppl.* p. 883. 6) in *Megapolitana Suerinensi* transactione d. a. 1701. ap. *Moser St. R. T.* XIII. p. 203.

(m) Qui primi erant in uniendis terris suis, Comites, nonnisi superatis maximis difficultatibus, novioribus temporibus id fecerunt. Tam varia fuerunt in ea re Comitatum fata, ut iis exponendis facile speciali disquisitione opus sit, quae ea potissimum premitur difficultate, quod historia illorum nondum satis exculta iaceat.

(n) Factum id est non in familia modo electorali *Palatina* (not. k.) sed et ea, quae gens *Hassiac* iniit a. 1628. de uniendis terris *Casselanis* et *Darmstadinis* pacta, Pace *Westphalica* I. P. O. Art. XV. §. 15. firmata sunt.

(o) Eximias laudes *Primogeniturae* novae plerumque, quibus illa statuitur, dispositiones, magno plerumque adparatu recensent, ex quibus praecipue notandae sunt *Gothana*, *Saxo-Merseburgica* et *Meinungensis*.

(p) Vid. *Moser St. R. T.* XII. p. 379.

Pars Posterior.

DE ORDINE SUCCESSIONIS EX PRAEROGATIVA AETATIS.

§. 70.

A) Generalia α) de fontibus doctrinae, non ex peregrinis
Mentio saepius facta est in illa, quam modo absolvimus, tractatione delatae ex praerogativa aetatis Successionis; de qua ut distinctius constet, nostram de Ordine, quo defertur illa successio, sententiam exposuisse juvabit. Operae omnino pretium est, patrii instituti, peregrinis intermixtionibus impediti, ex patriis fontibus origines et fata investigare. Ab exteris enim Gallorum, Italorum, Hispanorumque doctrinis redundarunt ad nos, peregrinae disciplinae nimis patientes, magnificae, si Diis placet, Majoratum simplicium, saltuariorum etc. a. Primogenitura, et quae sunt plures, distinctiones: vel certe, qui patriae terrae innatus est et excultus majoris aetate in successione ordo, ex istis peregrinorum doctrinis, quae diversae plerumque sunt nostris, illustrari, amplificari, suppleri coepit.

§. 71.

Sed ex domesticis principiis hauriendis.

Ea vero maxime premitur difficultate haec disquisitio, quod egeamus norma generali, ex qua, tanquam ex ultimo fonte, hauriri ea doctrina

possit. Ipse enim ille, qui in Aurea Bulla Caroli IV. Imp. statuitur, ordo Successionis, specialis est, qui Electores solos obligat; quod idem de aliis omnibus ejusmodi normis dixeris. Communis haec fere fors est plerorumque, quae inter Illustres Germaniae usu fervantur, institutorum, neque tamen desperatam ideo rem esse existimes. Ex ipsis enim illis regulis, quantumvis specialibus, conficere licet normam generalem, ex ipsa juris patrii indole justo ratiocinio deductam: quae omnia adjuvabit quoque Successionis communis germanicae analogia, quoad quidem cum speciali nostro Successionis ordine comparari potest. Hisce vero praesidiis instructus, periculum explicandae ejus doctrinae faciam, ea tamen lege, ut, missa omni de Successione lineali ejusque effectibus praeconcepta opinione, legi haec rogem, usque dum sponte in via offendere illam contigerit.

§. 72.

β) de Indole Successionis ex praerogativa aetatis.

Ea generatim est Successionis hujus specialis indoles, ut ex pluribus, qui aequali jure omnes ad hereditatem admitti debebant, unus heres sit, cujus praerogativae causa ex quodam quasi naturae judicio in priori nativitate posita est. Ipsa vero Successio communis uti certo apud nos definitoque ordine regitur, neque ex una gente omnes omnino ad hereditatem vocantur: nec in speciali nostro Successionis ordine majoris aetate totius alicujus familiae ratio haberi potuit; quam Successionis normam, Germanis ignotam, otiosa ideo nomine, Senioratum vocant (*a*). Ea potius Successionis germanicae ratio est, ut omnes

quidem ex una familia jus succedendi a communi stirpitate derivent; ordo vero ad quosdam ex illis jure praecipuo redeat, ita quidem, ut, quoad in stirpe aliqua, sive principali sive speciali, successionis capax superstes sit, is tanquam proximior (b), communi scilicet stirpiti, caeteris agnatis, etsi gradu propioribus, praeferatur. Definire itaque eos, ad quos, sive descendentes ex linea aliqua, sive a latere junctos extinctae lineae, ordo succedendi specialis redeat, instituti ratio postulat.

(a) Neque vero me fugit, demandata olim fuisse et hodiernum demandari senioribus ex tota aliqua familia illustri communia hujus e. g. in feudis recipiendis, et quae sunt plura ejusmodi, negotia: quae vero omnia ad specialem aliquem successionis modum referenda neutiquam sunt. Usu ejusmodi Senioratus antiquiori aevo in Advocatiis ecclesiasticis praecipue servatus est, ubi in documentis illius temporis *Senior de cognatione* sive *inter heredes* nominatur v. g. in Bulla Leon. P. M. d. a. 1049. ap. *Schoepfflin Alf. III. T. II. p. 482.* in dipl. d. a. 1124. ap. *Trithem. Chron. Sponh. p. 240. d. a. 1154.* in *Besold Doc. rediv. Monast. Wurtenb. p. 447.* Servati vero novioris inter Illustres Senioratus rationes exposuit superiori anno *Rudloff* in *Diff. de Jure Senii in familiis illustribus.*

(b) Eo scilicet sensu accipienda est vox: *proximior*, in cartis medii aevi frequentius obvia: cum quo amice quoque conspirat regula successionis feudalis II. F. 50, exposita.

§. 73.

B) *Speciatim*, I) *de Successione Descendentium*, a) *primi gradus.*

Prima inter descendentes causa liberorum est, inter quos cum majoris aetate ratio habenda sit, facilis est decisio. Usitatissima praecipue est antiquiori aevo, quo raro ultra liberos extendeba-

tur statutorum gentilitiorum vis, formula, qua Successores *filii filiaeve seniores* vocantur (c); in quo id tantum singulare notatu dignum est, quod quandoque filiorum ex binis patribus major aetate ad successionem vocatus fuerit, ubi scilicet specialis succedendi ordo in rebus communiter hucusque habitis noviter statuebatur (d). Caeterum majorem aetate filium, ad quem successio pervenit, ad posteros lineae suae hereditatem aditam transmississe, et Successionis germanicae analogia et ipsa rerum gestarum argumenta docent (e); neque tamen exempla defunt, quibus illud jus successionis delatae ob vagum *Senioris* significatum in dubium vocatum fuisse, adparet (f).

(c) Sufficit, antiquiorum exemplorum quaedam allegasse. Sic „*officiatorum filii seniores*“ vocantur ad hereditatem officiorum principalium Ecclesiae Corbeiensis in *Ann. Corbei.* ad a. 1047. Comitatus Hanoviensis „*der elste Sohn*“ in dipl. d. a. 1400. in d. Hessen = Cassel. Ded. v. Hanauisch. Primog. R. Lit. F.

(d) Sancitum id est a. 1313. quoad vocem electoralem *Palatinam* pacto Rudolphi Palatini et Ludovici Bavari ap. *Lunig* R. A. T. V. p. 563. „*wenn wir und unser Bruder beede nicht sind, so soll der Eltiste unter unser beyder Chinden die Wal haben an der Chur des Reichs, dieweil sie ungeteilt miteinander sind.*“ Deinde quoque, cum noviter a. 1499. testamento Alberti l. c. *P. spec. S. IV.* p. 24. constituta esset in terris *Ducum Saxonorum* specialis successio, cautum est, „*daß nach irem (duorum filiorum) Tod die Lande, die sie haben, nicht geteilet, sondern ihrer aller Leibs = Lehens = Erben zu gleichen Theil gehalten werden, — also daß unter ihrer beyder Leibs = Lehens = Erben der Elteste oder der nächste des Alters darnach — Regierung der Lande halten soll.*“

(e) Exprimitur haec norma Legibus familiarum antiquissimis e. g. quoad Successionem *Advocatorum ecclesiasticorum* in dipl. d. a. 1094. in *Monum.*

Boic. T. IV. p. II. „qui in filiis primus esset aetate: et sic simili modo de filiis in filios suae posteritatis, — quo se vicem et locum patris, aut etiam proavi procurare sciret.“ Ducatus Austriae in *Priv. l. d. a. 1156. l. c.* „inter duces Austriae qui senior fuerit, dominium habeat dicte terre, ad cuius etiam senioris filium dominium hereditario jure deducatur, ita tamen, quod ab ejusdem sanguinis stirpe non recedat.“ Feudorum castrensiū in *dipl. d. a. 1309. ap. Hontheim Hist. Trev. dipl. T. II. n. 634.* „semper primogenitus masculus in recta linea — preficiatur castro“ praecipue vero denique Feudorum Sicularum jure Francorum possessorum in *Constit. Sic. L. III. t. 24. §. 2. ap. Lindenbrog T. I. p. 800.* „filios et nepotes et ex eis pronepotes, trinepotes et usque ad infinitum ex descendenti linea descendentes succedant, servata praerogativa - majoris aetatis.“

(f) Vestigia ejus rei in familia praecipue Palatina deprehendere licet, quae ex his, quae §. 74. et 75. de Successione descendentium dicuntur, illustrationem capiunt. Constitutum erat, ut, mortuo Ruperto III. senior filius in Electoratum succederet. Haec deinde successio cum per patrem Lud. III. ad Ludovicum IV. filium illius, rediisset, litem movit patruus Johannes, hujus renunciatione demum a. 1437. sopitam. Litteras, ejus rei testes, exhibet *de Olenkschlager* in *d. Erl. d. G. B. im II. B. Beyl. n. 57.* Duodecim annis post Fridericum Victoriosum, Philippo Ingenuo, ex fratre nepoti, successionem felici successu negasse, in vulgus notum est.

§. 74.

b) ulteriorum graduum, a) cum gradu proximioribus concurrentium; secundum successionis communis doctrinam.

Cum vero ex primogenito praemortuo filius cum patruo concurreret, utri hereditas cederet, anceps diu haesit quaestio, inde nonnisi difficulter definienda, quod eveniente eo casu, in Successionis communis principiis sibi ipsis non constare videbantur Germani. Quanquam enim legibus antiquissimis Wisigothorum (g), Ostrogo-

thorum (*h*) et Francorum (*i*), nepotem locum patris defuncti sustinere debere, sancitum; idemque, cum in disceptationem venisset, non armorum modo fortuna decisum (*k*), sed et se-
quioris aevi observantia servatum fuisset (*l*): at-
tamen frequenter nostros ad regulam generalem,
quod propior gradu excludat remotiorem (men-
te enim non facile adsequebantur illi homines
eximiam juris ad posteros devoluti fictionem) re-
diisse, vel potius jus repraesentationis, illis tem-
poribus statutum, non ubique in Germania re-
ceptum usu fuisse, adparet. Subsequenti demum
tempore, cum jus Romanum in Germania altas
radices egisset, per speciales Principum tam Ger-
manicorum (*m*) quam exterorum (*n*) constitu-
tiones, originem suam satis clare referentes, il-
lud jus noviter et per totam fere Germaniam
constitutum fuit; ita tamen, ut hodierno quo-
que jure effectus antiquati juris deprehendere
quandoque liceat (*o*).

(*g*) *L. IV. Tit. 2. l. 18. et Tit. 5. l. 4.*

(*h*) per Edictum Theodorici R. c. 23. ap. *Lindebrog. T. I. p. 247.*

(*i*) per legem Childeberti d. a. 595. ap. *Baluz. Capit. T. I. p. 18.*

(*k*) *Witichind. Ann. L. II. p. 644. Ed. Meibom. „de Legum quoque varietate facta est contentio, fuereque, qui dicerent, quia filii filiorum non deberent computari inter filios, hereditatemque legitime cum filiis sortiri, si forte patres eorum obissent, avis superstiti-
bus — Rex rem inter gladiatores discerni jussit. Vicit igitur pars, qui filios filiorum computabant inter filios, et firmatum est, ut aequaliter cum patruis hereditatem dividerent pacto sempiterno.“*

(*l*) *Jus Caesar. P. II. c. 14. in Senckenberg Corp. Jur. Germ. T. I. p. 28. „dy dochtere ensollent eres Erbes nicht berubet sin von erme elderfater*

(daß er vater tod ist) Richtstich Landrecht c. 24. *Ibid.* p. 158. ex versione latina: „*bonum hoc hereditarium meum est, siquidem sum N. nepos & filia et N. qui contra me agit, est defuncti frater aut pater — invenitur nepotes esse proximiores.*“ *Jus Prov. Alem.* c. 259. *Ibid.* T. II. p. 310. „Nimmt ein Mann ein Weib bey seines Vaters leib, und gewinnet er Sun bey ir und stirbet er darnach, ee daß ihm sein Vater sein Erbe mit im teilet des er warten ist und stirbet darnach der Vater, desselben Suns Sune die nemen gleich Erbteyle an ihres Vaters stat.“ *Jus Prov. Saxon.* L. I. art. 17.

(m) Sic Jus Repraesentationis nepotum in Hassia introduxit Henricus Landgravius constitutione d. a. 1337. ap. *Kuchenbecker Anal. Hass.* Coll. III. p. 274. „*cum jamdudum temporibus retroactis consuetudo quaedam perniciosa, non tamen a jure aliena — invaluerit, videlicet, quod liberi, quorum parentes, antequam iidem patres ad suorum patrum hereditatem, quae ipsis, dum viverent, ex successione contingere poterat, non adierunt, nec ad eandem instituti essent, decesserunt, hi liberi hereditate tali — privarentur, et ad alios in eodem gradu cum eorum patribus defunctis existentes ad bona relicta simile jus habentes hereditas totaliter deveniret etc.*“ in *Wurtembergia* Ulricus Comes mandato d. a. 1477. „ungehindert des herkommens und alter Gewonheit“ ap. *Sattler Württenb. Gesch.* T. IV. Beyl. n. 71. in terra *Hadelensi* Henricus AE. Bremens. a. 1583. in jure provinciali noviori P. III. t. 13. §. 2. ap. *Puffendorf Obs.* T. I. Adp. p. 41. 42.

(n) Consuetudo in regionibus Germaniae vicinis fere universalis sub finem Saec. XVI. demum abrogata fuisse, ex principiis maxime juris romani, videtur. Factum id est a. 1540. ordinum *Geldriae* placito, teste *Sande ad Consuet. Geldr.* T. III. c. 2. §. 11. in Provincia *Ultrajectina* a. 1594. teste *van Leeuwen Cens. for.* L. III. p. 263. in terris *Leodensibus de Mean* ad jus *Leod.* Obs. 102. in Provinciis gallicis, testibus *Taisand Cout. de Bourgogne* T. 7 art. 19. p. 483. *Choppin de Moribus Paris.* L. II. c. 5. n. 2. *Brodeau Recherches de la France.* L. IV. c. 20.

(o) Sic e. g. quanquam Jure Provinciali *Hadelensi* fecus sit, jure tamen municipali *Otterndorfeni* art. 10. ap. *Puffendorf Obj.* T. II. *Adp.* p. 172. cautum est, ut nepotes soli, si nemo adsit, qui gradu eos antecedit, avo in capita succedant.

§. 75.

Ex jure devoluto aestimata,

Quae cum ita se haberent, casum ejusmodi in Successione speciali obortum, iisdem aequae difficultatibus premi debuisse, facilis conjectura est, quae ipsa quoque rerum gestarum argumentis comprobatur. Uti enim apud Normannos (p) et in Lotharingicis ditionibus (q) antiquissimis temporibus specialibus Legum Sanctionibus comprobata fuit nepotis in patris primogeniti praemortui locum successio; ita non apud exteros solum (r), sed et in ipsa Germania nostra (s) contraria opinio felicem eventum experta est, usque dum per Auream Bullam Caroli IV. (t) et, quae hanc subsecutae sunt speciales Illustrum constitutiones (u), novissimas praecipue, expressis plerumque verbis nepotis in patris praemortui locum successio extra omnem dubitationem constitueretur.

(p) in *Cod. Leg. Normann.* c. 26. §. 5. in *Ludewig Rel. MSC.* T. VII. „Notandum est, quod primogenitus filius patri succedit, et omnes debent succedere ei, qui primo nati sunt in eadem linea consanguinitatis. Licet autem huic consuetudini, quae in Normannia solet antiquitus generaliter observari, opponant se plurimi et repugnent: in successione patris tantummodo ad profilium asserentes, quod profilius avo suo non debet succedere, licet primogeniti fuerit filius, qui avi sui tempore jam decessit: sed ipsi avo non debet succedere filius ejus, dum tamen aliquis filiorum superstiterit. — Sic Normanniae consuetudinem in hoc casu perverterunt — et

hoc maximi viri repugnant, cum primogeniti filius Primogeniturae locum habeat et vocem, et in eodem jure succedere debeat, in quo pater ejus, si viveret, succedere videretur.“ —

(q) Pact. dot. Godefridi, Duc. Lovan. c. Philippo, Flandr. Com. d. a. 1179. ap. *Lunig Cod. Dipl. Germ.* T. II. p. 1902. „si contigerit, Henricum mori ante patrem (Duc. Lovan.) heres Henrici, si quem reliquerit ita succedet Duci avo suo, sicut H. fecisset, si diutius patre vixisset.“ Litter. Affert. Nobil. Ducat. Lotharing. d. a. 1306. ap. *du Mont C. D. T. I. P.* I. n. 597. „publice protestati sunt, jus esse et consuetudinem in Ducatu L. a tempore cujus non extat memoria — ut quoties filium primogenitum Ducis L. mori contigerit ante patrem, relictis liberis, illi in ducatu L. prae omnibus aliis ipsius ducis heredibus debeant succedere loco patris.“

(r) Exempla praebent Successionis contentiosae, ejusdemque tamen ad patruos prae nepotibus delatae, in regno Neapolitano vi decisionis Bonifacii VIII. P. M. a. 1297. ap. *Raynald Ann. Eccl.* T. XIV. n. 53. in regno Siciliae ex testam. Caroli R. d. a. 1308. ap. *Leibnit. Cod. dipl.* p. 51. quo successor designatur „unus de nepotibus, si nullus de filiis superesset“ in Comitatu Atrebaensi per decisionem Philippi, Gall. Reg. d. a. 1309. ap. *Anselme Hist. de la Mais. de France.* T. III. p. 4.

(s) In feudis Siciliae, jure Francorum possessis, ea obtinuit successionis norma, ut „inter duos eodem gradu feudatario defuncto conjunctos — juniorem natu major praecedat“ per Statuta Regni Siciliae ap. *Roussset Suppl. au C. D. T. I. P. I.* p. 146. unde facilis ad nostrum casum fit applicatio. Deinde evenit quoque is casus in familia Palatina, cum mortuo a. 1035. Ezoni succederet filius secundogenitus Otto, exclusis e filio primogenito nepotibus, Henrico et Cunone. Cf. *Tolner Hist. Palat.* c. 10. p. 267. ejusdemque juris analogiam sapit et id, quod, resignante Adolfo C. P. a. 1327. praeterito filio Ruperto II. ad patruos Rudolphum II. primum, deinde vero ad Rupertum I. successio delata fuerit. Extat compositio inter Rupertos Sen. et Jun. d. a. 1355. assensu Moguntini firmata ap. *Guden. C. D. T. III.* p.

394. ubi praecipue anceps decisio in eum casum, si relictis heredibus decederet patruus, facta est: „so soll Rupert der Jünger oder seine Lehenerben in iren Rechten steen, gleicher weise als uf diesen heutigen tag.“

(t) c. 7. „postquam iidem Principes Electores et eorum quilibet esse desierit, jus, vox et potestas electionis ad filium suum primogenitum: illo autem non extante, ad ejusdem primogeniti primogenitum devolvatur.“

(u) Jam ante A. B. a. 1351. cives Breslavienses homagium praestiterunt Regi Bohemiae „Wenceslao, et illo non extante, suo primogenito“ ap. Lunig C. D. G. T. I. n. 112. p. 1083. posthac vero hunc ipsum casum expressis verbis definiunt Leges familiarum Saxonicae electoralis d. a. 1356. ap. Gud. n. C. D. T. III. p. 356. Burggraviorum de Landscron d. a. 1357. *Ibid.* T. II. p. 1139. Hanoicae d. a. 1375. ap. Lunig R. A. P. spec. Cont. II. Abth. VI. in suppl. p. 351. Mantuensis d. a. 1433 ap. du Mont C. D. T. II. P. II. n. 171. Mediolanensis d. a. 1494. ap. Lunig Cod. dipl. Ital. T. III. p. 811. Würtembergicae d. a. 1495. in Sattler Würt. Geich. T. V. Beyl. n. 20.

§. 76.

Nisi aliud ex speciali conventionē obtinuerit.

Neque tamen generalis haec regula, qua nepotes ex praemortuo filio praeferebantur patruis, obfuit, quo minus speciali quadam sanctione contrarium constitui potuerit. Factum id est quandoque, cum inter heredes, qui res suas communes aut divisas hactenus habuerant, convenisset, ut tota hereditas ad majorem natu ex illis rediret: quo scilicet casu illi, ad quos hereditas per successionis communis normam jam devenerat, excludi se penitus ab illa per majoris natu heredes pati nollent. Illustre hujus rei exemplum praebet conventio inter filios Magni II.

Torquati, Ducis Brunsvicensis, a. 1374. inita, qua successio ad fratrem majorem natu delata, post mortem hujus, fratri seniori, non heredibus mortui fratris, cedere jubetur (v).

(v) ap. Luning R. A. T. IX. p. 252. „Wenn use eldeste broder affgeit von Dode, welke unter us Bröder denne der Oldeste ist, der soll use Herschop mächtig wesen, und de truwliken sich und seinen Brödern und Erben und des Dodes Broder Kindern vorstahn — und denne so vord, de denne der Eldeste unter us brödern were, edder use elteste echte Söhne, oft use broder nein lebendich were, ichte wo echte Söhne wünne, und vordene dre eldeste Söhne scholde der Herschop mächtig wesen.“ Idem exprimitur in dipl. d. a. 1227. ap. Gudens C. D. T. I. n. 191. „E. filio nostro mortuo, si liberos genuit, nil prorsus se juris in procuratione domus habere affirmet: sed gradatim de fratre provecioris aetatis in fratrem juniorem cadat.“

§. 77.

b) *aequali gradu constitutorum.*

Supereft de fucceffione nepotum inter fe et cum descendantibus ex patribus avisque fenioribus, gradu vero remotioribus, concurrentium definienda quaestio. Jure quidem antiquiori posterior quaestio facile per graduum dinumerationem; prior inde decisa videtur, quod nepotes jure proprio, non ex patrum persona, adeoque, qui inter omnes illos ejusdem gradus descendentes natu major esset, succederet (m). Ex novioris vero juris doctrina cum ultiores descendentes personam patrum defunctorum in nanciscenda hereditate sustinere coepissent, neque graduum in linea descendentis ratio amplius haberetur: posteri ex primogenitis patribus orti, sive gradu pares, sive remotiores, illis, qui ex

posterioribus lineis descendebant, non potuerunt non praeferri (x).

(w) Exprimitur certe haec norma, cum analogia quoque juris optime conspirans, in successione feudorum *Siculorum*, jure *Francorum* habitorum, supra n. (s) allegata.

(x) expressis verbis, quae in aliis quoque ex ipsa rei natura non potuerunt non obtinere, constituit Carolus R. *Sicil.* testam. 1308. ap. *Leibnit.* C. D. p. 51. „si nullus de filiis nostris superesset, substituimus unum de nepotibus nostris, descendantibus ex viventibus nunc filiis nostris, eum quidem, qui ex nostro majore natu filio primogenitus esset: et si e majore natu non superesset masculus, substituimus primogenitum ex alio nostro filio sequenti, et super ordinem de sequentibus filiis nostris, si de priore non superesset masculus, servato ordine quo supra in casu ipso, nepos ex majore natu filio nostro tunc superstes aliis nepotibus ex sequentibus nostris filiis praeferatur.“

§. 78.

2) de Successione Collateralium.

Maximas eorum, qui stirpi extinctae a latere juncti erant, successionis ordo passus est vicissitudines, eas quidem, quas sponte sua obvias fert accuratior monumentorum medii aevi investigatio. Ea etenim est haeresis mea, quod, quum ordinem succedendi ex jure Primogeniturae linealem ex Aureae Bullae praesertim praecipis perhibent Interpretes, noviori demum ineuntis saeculi XVII. aetate ortum fuisse, putem. Quae sententia an veritate nitatur, viderint aequi peritique harum rerum aestimatores: illam vero rerum gestarum argumentis adstruere, mearum partium est. Quid antiquiori jure obtinuerit, prima disquisitio esto, ut tanto facilior ad mutationes, quas passus est mos antiquus, narrandas via pateat.

§. 79.

a) *primi gradus.*

Expedita est omni dubitatione, adeoque nos non moratur, fratrum, extincto seniore fratre aut stirpe ejus, successio, ad eum quippe reditura, qui ex fratribus superstitis senior aetate est. Transmisisse vero hunc quoque hereditatem sibi delatam ad stirpem suam, aequae ac eum, qui ante eum morte extinctus est, facile intelligitur. Expressa quoque est haec norma plurimis familiarum illustrium Germaniae dispositionibus, in quibus tamen deprehendere id licet, quod in antiquioribus nonnisi fratrum seniorum (y), in novioribus vero a saeculo praecipue XVI. inde posteritatis quoque eorum mentio frequentior fiat (z).

(y) Sic in carta super castro ablato AE. Trev. d. a. 1309. ap. *Honthelm Hist. Trev. dipl. T. II. n. 604.* legitur: „si possidens castrum sine herede decedat, bonis suis indivisis inter fratres suos, si quos habuerit ex parte patris, antiquior dictorum fratrum succedat“ in statuto Hanoico d. a. 1375. ap. *Lunig R. A. P. spec. Cont. II. Abth. VI. in Suppl. p. 351. Palatino d. a. 1395. Ibid. T. V. p. 583. Comitum de Mörs Ibid. IV. Abth. XVI. Abs. n. 22. Electorum Brandenburgicorum d. a. 1473. in Pauli Preuß. St. G. T. II. p. 301. Comitum Frisiae Orientalis d. a. 1512. ap. Lunig R. A. P. spec. IV. Abth. XXIV. Abs. p. 499.*

(z) ex antiquioribus notandae praecipue sunt *Württembergica* d. a. 1495. ap. *Sattler l. c.* „ob der eldiste Sohn keine Erben gelassen hätte, so sollte uff den andergeböhrenen Sohn und seine Erben das Herzogthum fallen, also daß die Erstgeböhrenen und die Thron von ihren absteigenden Linde allezeit den Vörgang haben.“ *Project. Primog. Austriae Maximil. I. in Schroetter Oest. St. R. V. Abh. p. 19.* „si tuus primogenitus sine filiis decedat, succedat secundogenitus filius tuus, cujus filii etiam primogeniturae jus habeant.“

§. 80.

β) *ulteriorum graduum*, α) *ex gradus praerogativa aestimata*,
 α) *concurrente patruo cum filiis ex fratre seniori*.

Induxit ea formula, qua fratrum postgenitorum heredes ad successionem vocantur, interpretes, ut successionem ex praerogativa linearum innui per illam crederent; qua effectum sit, ut perpetuo quasi repraesentationis jure fratrum seniorum defunctorum heredes fratribus natu minoribus superstitibus praeferrī deberent. Sed enimvero argutis ejusmodi fictionibus facile supersedebatur majorum sterile ingenium. Quos certe in linea descendente negasse olim vidimus repraesentationem, unde, quaeso, inter eos, qui a latere juncti sunt, admisisse suspicemur? eam quidem, quam negatam antea, saeculo demum XVI. lucem praeferebant Romanorum Legibus, lege publica sancitam fuisse, constat (α). Neque tamen ego, cum rerum gestarum argumenta in promptu sint, conjecturis rem conficere satagam, unde adpareat, fratres seniores hereditatem non nisi delatam sibi ad suos transmisisse, adeoque fratrem juniorem ex fratre seniori nepotibus praelatum in successione hereditaria fuisse. Primum, eorumque, quae vidi, antiquissimum ejus rei testimonium praebet, qui circa medium saec. XIII. in familia *Sabaudica* evenit, casus successionis. Constituerat Amadeus IV. testamento a. 1252. condito (β), ut, si filius suus sine heredibus moreretur, successio ad fratrem seniore Thomam et *heredes suos masculos* rediret. Evenit id a. 1263. mortuo quatuor ante annis, superstitibus heredibus masculis, fratre seniore. Itane successio ad hos pertinuit? Minime vero. Rediit illa ad patruum aetate majorem Petrum,

(c), denique vero ad alterum Philippum: quod demum extincto, heredes fratris senioris praemortui, Thomae, illa potiti sunt; ita quidem, ut, excluso nepote ex filio primogenito, patruus Amadeus V. succederet. Ex his itaque cum pateat, frustra inde, quod fratris senioris heredes quoque ad successionem vocentur, linealem successionem extorqueri, facile demonstrari potest, aliam mentem A. B. quam quae obtrudi ei plerumque solet, his contineri verbis: „*si primogenitus absque heredibus masculis ab hac luce migraret, jus, vox et potestas Electoris ad seniores fratrem laicum per veram paternalem lineam descendente, et deinceps ad illius primogenitum laicum devolvatur* (d). Equidem non nego, ipsa verba dubiam interpretationem admittere; mens itaque eorum ex ipsis rerum gestarum argumentis declarari debet. Evenit ejusmodi casus (neque enim plures mihi quidem eo quidem aevo, de quo nobis sermo est, se obtulerunt) bina vice in electoralibus familiis: in *Saxonica* alter, alter in *Palatina*. Mortuus erat a. 1370. quatuordecim post A. B. conditam annis Rudolfus II. Saxoniae Elector, superstitibus ex fratre seniori nepote, Alberto, et fratre Wenceslao. Lis inter utrumque de Successione oritur, Caesaris iudicio definienda. Decidit vero eam legislator; neque tamen ex successionis linealis principiis, cum patruo Wenceslao prae nepote ex fratre seniori Electoratum adjudicasset. Alter ejusmodi casus in familia Palatina contigit, cui mox exponendo normam Successionis ejus familiae praemittere lubet, a Sigismundo Imp. ex desiderio Ludovici Electoris a. 1434. peculiari Bulla (e) constitutam, his verbis: *si primogenitus L. decesserit,*

heredibus non relictis, tunc secundogenitus filius, et post obitum ejus secundogeniti filius senior — succedet. Mentem legis colliges ex eo, quod, extincto a. 1544. Ludovico V. Electore, frater Fridericus II. Ottoni Henrico, ex fratre seniore nepoti, praeferretur. Renunciasset vero hunc, dices, successioni sibi delatae. Hoc vero est renunciare juri, quod citra illud alter habiturus erat! Accedit denique his omnibus et hoc, quod statuto *Mediolanensi* a. 1495. condito (f) expressis verbis haec succedendi norma ex nostra sententia ita expressa sit: „*primogenito decedente sine descendantibus, frater ejus secundogenitus succedat — et si fratrem vel fratres non haberet, succedat filius fratris secundogeniti.*“

(a) Veritati proxime accedit, Germanos omnem repraesentationem in successionem quoque communi ignorasse. Ignoravit certe eam jus Saxonicum: imo vero adeo ignoravit, ut, facta protestatione contra Recessum Imperii d. a. 1521. quo jus repraesentationis ex norma juris romani introductum est, antiquum morem vindicaverint; quod idem in municipiis factum esse, patet ex statuto *Otterndorfensi* art. 10. ap. *Puffendorf Obs.* T. II. *Adp.* p. 172.

(b) ap. *Guichenon Hist. de Sav. Freuv.* p. 69.

(c) *Id. l. c.* p. 281.

(d) c. 7. quae eadem verba repetuntur in *Litteris Electori Saxonico, Rudolfo*, datis a. 1356. Jan. 2. ap. *Guden.* C. D. T. III. p. 356. cum quibus conferenda quoque sunt, quae per Auream Bullam a Sigismundo Rudolfo III. Electori a. 1414. datam in *Griebneri Diff. ad A. B. Sax.* p. 93. expressa sunt, scilicet: „*verstürbe der erstgebohrne Sohn Rudolfs one rechte Erben, so soll der andergeborenen Sohn desselben R. und nach des Tode des andergeböhrenen elstister Sohn — erben.*“

(e) in *Freheri Comment. de testament. tutela etc.* p. 115.

(f) ap. *Lunig Cod Ital. Dipl.* T. III. p. 811.

§. 81.

b) *agnatorum remotiorum.*

Vidimus normam succedendi specialem successionem communi gradualem vere analogam, ipsis rerum gestarum argumentis adstructam, cum ipsis Legum verbis amice conspirantem. Praemortuis itaque fratribus, quis ex horum descendens successerit, facile augurari licet. Proximiorum paterno stirpiti, nulla habita linearum prerogativa, vocant ad successionem Aurea Bulla Caroli IV. (g) et, quae hanc sequebantur, gentilitiae dispositiones (h). Unde vero his verbis eum, qui ex linea seniori descendit, tanquam proximior ad successionem vocent Interpretes, ego non video. Neque enim heres designatur, qui lineae defunctae, sed is, qui paterno stirpiti proximior est, qui, quomodo alius esse possit, quam ille, qui gradu caeteros antecedit, animo me non assequi, ingenue fateor. Descendentium vero a communi stirpite, gradu aequali constitutorum, successio mature in Germania ex persona majorum stirpis alicujus extinctorum aestimari coepit, adeo, ut ille inter eos, qui ex linea seniori descenderet, aliis ex postgenitorum stirpe originem ducentibus, in gradu aequali constitutis, praeferreretur. Inde scilicet medio saec. XIII. Landgraviatus Henrico Illustri, ex sorore Henrici Rasponis seniore nato, prae Sophia, ex fratre secundogenito nata, eam ob causam ab Imperatore addictus est, „quod ex pri-

mogenita sorore sit natus.“ (i) Deinde quoque speciali pacto a. 1553. inito (k), successionem Electoratus Palatini, emoritura stirpe antiquiori ad se redituram, ita definierunt agnati ex linea Simmerensi, Bipontina et Veldentina, ut Johannes II. Simmerensis, tanquam proximior gradu, vel extincto eo, filius ejus senior, Fridericus III. aequali quidem gradu cum reliquis agnatis constitutus, sed tamen ex seniori linea descendens, Electoratus hereditatem nancisceretur. Neque vero ea omnia ex principiis Successionis linealis acta fuisse, inde facile patet, quod eum casum, si nepos ex Johanne II. adeoque gradu remotior, superesset, tanquam non definitum per Auream Bullam Caroli IV. Imperatoris decisioni relinquerent (l).

(g) neque tamen in illo capite VII. quod de *Successione Principum* agit, sed cap. XXV. cujus dispositio ob eandem rationem huc quoque facit: „*primogenitus filius succedat, nisi forsan — notabilis defectus existeret, propter quem non deberet seu posset hominibus principari, in quo casu inhibita sibi successione, secundogenitum si fuerit in ea progenie, seu alium seniores fratrem, vel consanguineum, qui paterno stirpiti in descendenti recta linea proximior fuerit, volumus succedurum.*“

(h) Dispos. Rup. II. *Palat.* d. a. 1395. in *Lünig R. U. T. V.* p. 583. „wenn der, der der einig herr ist, ohne Edbue abgienge, so soll allezeit der nächste Erb von unserm Stamm — erben.“ *A. B. Saxonica* d. a. 1414. l. c. „wenn die alle (sc. fratres) todt sind, so soll es kommen an den nächsten Erben nach den Rechten väterlicher Lini“ *Project. Primog. Austriac. Max. I.* d. a. 1500. l. c. „si non extiterint fratres — admittatur — proximior descendens ex masculis tui sanguinis“ *Statut. Mediolan.* d. a. 1495. l. c. *Princ. Arausion.* d. a. 1544. ap. *Lünig R. U. P.* sp. IV. Abth. XXII. Abs. n. 11, „wenn wir und unsere Kinder ohne Erben abgiengen, so substituiren wir

den ältesten von unsern Vettern Graf W. der alsdenn im Leben seyn wird: und wenn dieses älterer Sohn ohne Erben abgehen sollte, so soll ihm der andere Sohn von Gr. W. succediren, oder in Ermangelung seiner ein anderer nächster Erbe, der von Gr. W. entsprossen. Im Fall auch Erben Gr. W. fehlen sollten, so soll alles zufallen dem nächsten Erben, der alsdenn wird von unserm väterlichen Großvater entsprossen seyn.“

(i) in dipl. Frid. II. Imp. ap. *Horn* in *Vit. Henr. Ill. Cod. dipl.* n. 12.

(k) ap. *Lünig R. A. T. V.* p. 662.

(l) „würde sich aber begeben, daß H. Hans samt allen seinen Söhnen, ehe und vor uns Friderich oder auch uns H. Ott Heinrichen — mit tod abgangen wäre, und demnach sein, H. Hansen, Enkel eins oder mehr, mit samt H. Wolfgang oder Georg Hans, oder Ihrer einer, unser dreier Absterben, ohne Verlassung ehelicher Manns Erben erleben würden; in solchem Fall soll die Succession — nach Inhalt der Gulden Bullen, kaiserl. und königl. auch churfürstl. Satzungen — vererbt werden. Entstände aber Streit von solcher Succession, ob vielleicht in angeregten güldenen Bullen und andern Verordnungen darauf keine lauterere Versehung gethan.“

§. 82.

b) *deinde ad rationes juris civilis efformata.*

Effecit forte juris romani de repraesentatione in collateralium successione admittenda doctrina, sub initium saeculi XVI. publica lege in Germania sancita, ut in dispositionibus familiarum illustrium frequentius successio hereditaria fratribus, aut praemortuorum eorum filiis, cedere juberetur. Hanc certe formulam in plerisque ejusmodi constitutionibus ab initio inde saeculi XVI. ad finem usque XVII. mi deprehendes (m).

(m) *Project. Primog. Austriac. Max. I.* citat. „succedat secundogenitus filius, cujus filii etiam primo-

geniturae jus habeant: et si non extiterint fratres vel filii fratrum ipsorum, admittatur proximior. " Caeterum formulam, quo heres designatur frater, aut, mortuo illo, filius ejus primogenitus, exprimunt statutum *Lippiacum* d. a. 1593. ap. *Lunig* R. A. T. XI. p. 94. *Friscum* d. a. 1595. *Ibid.* T. X. p. 18. *Holsaticum* d. a. 1608. l. c. *Hasso-Cassellianum* d. a. 1628. ap. *Moser* St. R. T. XIII. p. 143. *Megapolitanum* d. a. 1666.

§. 83.

c) denique vero ad *Succeffionem linealem* redunda.

Sed enimvero in alia omnia abiit ineuntis saeculi XVII. aetas, introductio quippe tam in linea descendenti, quam collaterali, perpetuo quasi repraesentationis jure, adeo, ut, nulla habita gradus praerogativa, per fictionem aliquam legalem, ii, qui ex seniores lineis essent, caeteris, etsi gradu proximioribus, praeferrentur. Contigit a. 1685. in familia electorali *Palatina*, ut, emortua stirpe electorali, ad successionem adspirarent, Philippus Wilhelmus, Neuburgicus, et Leopoldus Ludovicus, Veldentinus; ille ob jus antiquioris lineae, hic ob gradus proximitatem. Ipse ille casus erat, quem superiori saeculo, eo quod per A. B. ipsum non expressum crediderant, definire non audebant agnati Palatini, (§. 81.) quemque nunc fortuna favens pro agnato, gradu quidem remotiore, sed ex linea seniori descendente, decedit. Subsecutae sunt deinde non paucae familiarum illustrium dispositiones, unde placuisse nostris novam Successionis *linealis* rationem, facile colligitur (n). Unde vero enata sit illa, et quomodo gradu moverit antiquiorem, ardua est quaestio, quam, testimoniis illius temporis destitutus, definire non audeo

(o). Hoc vero certum est, lites enatas esse iteratis vicibus, cum casus existeret, quo ad collaterales remotiores deferenda erat Successio: quo facile effectum fuisse putem, ut tandem sollemnia verba, quibus ad fratres seniores *eorumque heredes* successio deferebatur, eam interpretationem admitterent, quod in fratribus quoque, aeque scilicet descendentibus a communi stipite, ad normam Successionis ad lineam seniore delatae, perpetuo repraesentationis jure linealis succedendi ordo obtinere jure meritoque debeat.

(n) Ex plurimis ejusmodi dispositionibus, quae dubiam interpretationem admittunt aliis, aliis vero simpliciter ad ordinem succedendi ex jure Primogeniturae provocantibus, quasdam notabimus, ex quibus mens successionis linealis facile colligitur. Absolutissimae certe sunt in constituendo succedendi ordine novissimae familiarum illustrium leges, quarum tamen adhucdum, quod omnino dolendum, copia non fit. Declararunt jam a. 1629. fratres, Duces Saxoniae, in constituendo Senioratu familiae ap. Moser St. R. T. XIII. p. 465. „daß allein derjenige, welcher nicht *per repraesentationem*, noch *per juris fictionem*, sondern in der That und Wahrheit von Natur und an Jahren der älteste seyn wird — das landesfürstliche Regiment haben solle.“ Pertinent deinde huc: 1) Saxo-Gothana d. a. 1685. ap. Moser St. R. T. XII. p. 490. „da unser ältester Sohn ohne Erben verfahren sollte, unsern 2ten Sohn und nach Ihme jederzeit den Erstgebohrnen von seinen Descendenten — *per successionem linealem* —“ 2) Lippiaco-Detmoldiensis d. a. 1694. *Ibid.* T. XIII. p. 316. „wenn der Abfall (primogeniti) ohne Hinterlassung dergl. Reiser sich begiebet, so soll solches Anrecht auf den nächstfolgenden ältesten bruder und seine Descendenten, welche auch *jure repraesentationis*, wenn sich der Fall nach Absterben Dero Vatern zutragen sollte, des Vaters Brüdern vorgehen, ferner auf den dritten und folgende Brüder verstatmet, folglich in eadem linea, so lange descendentes vorhanden, verbleibet.“ 3) Austriaca d. a. 1703. *Ibid.* T. XII. p.

418. „*si filius primogenitus sine liberis deficeret, tunc Carolus Rex et, qui tunc supererunt ex eo, succedant.*“
4) *Megapolitana* d. a. 1707. *Ibid.* T. XIII p. 206.
„*sollte der erstgebohrne abgehen, soll der secundogenitus und seine Descendenz folgen — per jus Primogeniturae et linealis successionis.*“

(o) Nosse forte non pigebit, apud Normannos usu antiquissimo successionem linealem ita obtinuisse, ut, quae verba sunt Legum Normanicarum ap. *Ludewig* l. c. si nullus de linea primogeniti remanserit, filius post primum primogenitus vel ejusdem lineae propinquior, si decesserit, hereditariam successionem retineat.“ eamque sententiam in ipsis rebus judicatis obtinuisse, testis est *Terrien* in *Comment. du droit civil observé au pays de Normandie. Paris. 1578. fol. L. VI. c. 2. p. 197.* Deinde quoque in Comitibus Taurinis a Ferdinando, Hispaniarum Rege, a. 1505. celebratis haec lex lata fuit: „*Majora feuda, quorum successio ad primogenitos pertinet, si primogenitus moritur, vivo feudi possessore, relicto filio vel nepote, aut alio legitimo, recta linea descendentes isti legitimi praeferentur pro gradus praerogativa secundogenito possessoris feudi. Quod obtinebit non tantum in iis, qui recta linea descendunt, verum etiam in iis, qui ex latere et transversa linea propendunt, ut semper filii primogeniti filius, et qui ex eo descendunt, patris personam repraesentent, quamvis pater feudum non possederit*“ ap. *Hotomann. de jur. regn. Gall. in Opp. T. II, p. 185.*



100

De Jure Consuetudinis

secundum doctrinam juris naturalis
et romani.

resp. C. J. Seeger.

Tubingae 1774.

De Jure Consuetudinis

secundum doctrinam juris naturalis

et romani

resp. C. J. Seeger

Tübingen 1774

ARGUMENTUM.

1) de jure. quod moribus constituitur ex principiis juris naturalis et publici universalis.
(Cap. I.)

A) Notio juris, quod moribus introducitur.
(§. 1.)

B) Modus, quo jus moribus constituitur,

1) inter eos, qui sunt extra societatem,

a) si sint singuli homines, (§. 2.)

b) vel gentes societatesque liberae. (§. 3.)

2) inter eos, qui sunt in societate,

a) in genere, (§. 4.)

b) speciatim,

1) aequali, (§. 5.)

2) inaequali, ubi exponuntur principia juris publ. universalis, et quidem

a) Generalia de modo, quo existunt Leges in civitate, (§. 6. 7.)

b) speciatim de Consuetudine f. Observantia, et quidem

a) ea, qua constituuntur vel tolluntur leges,

1) in causis publicis,

a) siue concernat jura et obligationes summi imperantis et civium, (§. 8 - 12.)

b) siue jura subditorum inter se (§. 13. 14.)

2) in causis privatis,

a) generatim (§. 15. 16. 17.)

b) speciatim,

a) quoad Leges praeceptivas f. prohibitivas,

1) constituendas, (§. 18. 19.)

2) abrogandas f. mutandas (§. 20.)

b) — — permissivas, (§. 21.)

c) — — naturales. (§. 22.)

d) de consuetudine interpretativa.

(§. 23.)

C) Conclusiones generales. (§. 34.)

II) de jure consuetudinis ex Principiis Romanorum. (Cap. II.)

A) Observationes generales,

1) de partibus juris civilis, (§. 26.) ejusque

2) partitione in jus scriptum et non scriptum, (§. 27.) quod venit duplici significatione,

a) ratione scripturae, (§. 28.)

b) originis. (§. 29. 30.)

B) Speciatim de jure, quod oritur ex consuetudine,

1) quatenus habet vim legis civilis ex tacito consensu summi Imperantis; ubi considerantur

a) Descriptiones legales, (§. 31.)

b) Species,

1) generatim, (§. 32.)

2) speciatim,

a) Edicta Praetorum, (§. 33.)

b) SCta, (§. 34.)

c) jus civile, (§. 35.)

d) res judicatae, (§. 36.)

e) mores in genere. (§. 37.)

γ) Genesis,

1) in genere, (§. 38.)

2) speciatim,

a) inductivae, (§. 39. 40. 41. 42.)

b) abrogativae, (§. 43.)

c) interpretativae. (§. 44.)

δ) reliquae species consuetudinis, (§. 45.)

PROOEMIUM.

Cum ex academico Universitatis *Eberh. Car.* instituto munus Antecessoris Juris ord. a *Ser. Wirtemb. Duce* mihi demandatum sollemni ritu defendendae Dissertationis capeffendum sit, ipsa muneris noviter suscepti gravitas ac debita *Opt. Principi* pietas et reverentia jure suo id postulare videbantur, ut, quidquid scriptio- nis proponerem, publicae de me meisque rebus qualibuscunque expectationi responderet. Quae cum animo mecum perpendo, scio fore pleros- que, qui succenseant auctori, quod materiam adeo tritam et cramben centies recoctam appo- nere, quam in nova aliquo themate proponendo illustrandoque operam collocare, maluerit. Quod si ita est, si materia, quam ad disputandum propono, crebris doctorum virorum meditatio- nibus trita ac exhausta dici potest, ipsemet id mihi vitio facile verterim. At enimvero, prae- terea, quod post largam messem spicilegium non superesse raro dici queat, permulti, qui sibi ju- dicium de his rebus ferendum sumunt, pessimo sane exemplo opes ac divitias rei nostrae litera- riae secundum numerum saltem librorum, qui fronte prae se ferunt argumentum aliquod enu- cleatius pertractatum, ex indice forte *Lipeniano*, computant, parum solliciti de eo, an novis istis accessionibus, quibus additum subinde est libel- lorum egregio cumulo, novum verique nominis augmentum res nostrae ceperint. Etenim, levi-

ter saltem inspectis ejusmodi libellis, frequentius justo animadvertet intelligens quisque harum rerum aestimator, quod plerique ex pluribus novum aliquem libellum conscribissent, argumenta ac sententias eorum, qui tempore antecedunt, mutata forte leviter forma, vel coarctent vel fusius diducant, ac proinde haud raro accidat, ut numus saepius recusis novam opibus literariis factam accessionem mentiatur. Ita vero res eo credit, ut haud adeo effoeta sit, quod vulgo creditur, Jurisprudentia nostra, quin novis subinde processibus in melius produci et illustrari queat, quo censu quoque venire nobilissimum *de jure, quod moribus constituitur*, argumentum, certum est. Equidem deprehendi inter eos, qui de eo exposuerunt, (quorum numerus bene magnus est) viros tales, a quorum doctrina et eruditione solidam rei tractationem expectare omnino licebat, non negaverim. Amplissima lectorem urget materia. Tuum jam est legere, mi bone! at ego quovis pignore contenderim, uno perlecto te viginti aliorum expositiones perlegisse. Illorum enim hominum plerique eandem cantilenam, demonstrativa quandoque, si Dis placet, melodia canunt. Crepant consuetudinis divisiones in inductivam, correctivam, indicativam, interpretativam et quae sunt plures in *iva* desinentes; uno ore clamant, esse consuetudinem speciem juris non scripti et habere vim legis; ad introducendam eam requiri actus plures, diuturnos, uniformes, continuos, ex opinione necessitatis susceptos, rationabiles, his deinde accedere debere tacitum summi in republica imperantis consensum, et quae sunt ejus generis plura. Sed ipsam horum actuum naturam et indolem internam, atque

unde vis obligandi ipsorum repetitioni inducatur; taciti consensus, qui ab Imperante desideratur, formam, ac ex quibus factis colligi ille debeat: haec omnia securi illi praeternavigant, aut saltem levi brachio tangunt, formularum consuetarum, quas sub specie requisitorum proponunt, faragine lectoris memoriam egregie replent, sed, quod ad ipsam naturam rei penitus intelligendam attinet, longe incertiores relinquunt, quam erat antea. Vidit haec omnia sagacissimus *Thomasius*; vidit, quam male habuerit doctrinam prava Doctorum, mutuo sese exscribentium, consuetudo, eorumque errorum in jure communium causas non vitio errantium, sed vitio aut potius infelicitati seculi adscribendas esse putavit. *Kulpis* in Diff. de observantia imperiali causam, cur Doctores adeo confuse de observantia loquantur, ex confusione Juris Romani et Germanici repetit. Sed si dicendum sit, quod res est, vitium primae concoctionis in eo quaerendum videtur, quod plus justo neglecta haecenus sint in exponenda doctrina longe gravissima principia juris naturalis atque publici universalis, quod certe, cum leges positivae obscure loquantur, faciem anteferre debebat. Deinde Jurisconsulti fere omnes (mirabile dictu) mentem Legum romanarum non satis perspexisse, ac denique, unde maxima in ipsis rerum argumentis confusio exorta est, de habitu earundem ad statum Germaniae nostrae earumque tum ad causas publicas tum ad negotia privatorum iusta adplicatione parum solliciti fuisse videntur. Quae cum ita sint, operae pretium esse duxi, telam quasi de novo retexere, ita, ut ante omnia de natura et efficacia juris, quod ex moribus proficiscitur, ex

principiis juris naturalis et publici universalis, deinde quid Legibus Romanorum et Germanorum, Canonumque placitis de ea re constitutum fuerit, distinctius pateat, quibus omnibus separatim absolutis securius de observantia jureque consuetudinario, quod tam in causis publicis quam privatis apud nos obtinet, judicare licebit. Quod ipsum vero argumentum cum tam late pateat, ut omnia modo exhaurire instituti nostri ratio non patiatur, divisa tractatione, jam de jure, quod moribus constituitur, Cap. I. *Principia juris naturalis ac publici universalis*, Cap. II. *Legum romanarum placita* sistimus, caeteris alii occasione reservatis.

C a p. I.

DE JURE, QUOD MORIBUS CONSTITUITUR, EX PRINCIPIIS JURIS UNIVERSALIS.

§. I.

Cum jam exponenda sit natura ac indoles juris, quod moribus constituitur, ordo rerum tractandarum exigere videtur, ut definiamus primum, quid nobis veniat istius juris nomine. Rem vero aleae plenam, exprimere significatione generali speciem juris, quod pro diversa hominum conditione, qui eo utuntur, diversissimum est! Periculofum fane videtur, una eademque notione complecti jus, quod ex moribus venit, five quaestio sit de eo, quod inter eos, qui nullo societatis vinculo juncti libertate naturali utuntur, five de eo, quod inter eos, qui vivunt in societate, five de eo, quod apud hos, qui sunt

sub imperio civili, obtinet. Sin desideras, rem ita habe. Quidquid semel iterumque fit ac deinceps crebrius repetitur ac custoditur inter plures, *mos* est, et, quod inde juris auctoritatem nanciscitur, *jus moribus introductum* dicitur (a). Comprehendit certe, si quid video, haec descriptio notionem generalem specierum diversissimarum. Luce tamen haec omnia egere, dices. Equidem scio. Eccur verbulo exprimi voluisti, quod ampliori expositione eget? Etenim res omnis fit clara, si scias, quomodo inter homines secundum diversam, in qua vivunt, conditionem, jus moribus constituatur. Id ipsum vero est, quod notione generali comprehendere nequit, unde per eam parum te rem intelligere, non est, quod mireris. Itaque consultius esse mecum putabis, verborum notationem ex re, non rem ex verbis, explicare.

(a) Significationem habes apud *Varron.* cujus verba e libro de moribus affert *Macrob. Saturn. III. 8.* Angustior vocis notatio est apud *Festum*, cujus verba laudat idem *Macrob. eod.* Ita et promiscue nonnunquam usurpantur *mos* et *νόμος*, v. g. apud *Athen. Dipnos. IV. 9.*

§. 2.

Considerabimus primum eos, qui *ab omni societatis vinculo alieni plena utuntur libertate naturali.* Tenentur hi lege naturae, quae alterum alteri jus sive connatum sive acquisitum eripere non patitur, eique efficaciam summam, cum jure cogendi laedentem, tribuit. Eam legem aeternus rerum creatarum ordo constituit: is obligationum fons et origo omnis, quibus hoc hominum genus tenetur. Neque enim homo homini, non pars major minori, non plures sin-

gulis legem ferunt; neque, quod unus alterve facit, alteri, ut idem faciat, necessitatem imponit. Summa omnium libertas, quae nonnisi obligatione negativa, ne quis alterum laedat, constringitur. Si quis itaque horum hominum alia obligatione praeter hanc teneri debeat, consensu ipsius, renunciatione libertatis naturalis, id est, pacto opus est. Inde vinculum obligationis inducitur inter eum, qui libertati naturali suoque juri renunciat, atque eum, qui jus sibi ex ista renunciatione acquirit. Alios quoscunque, qui non renunciant, ea res nihil attinet: fac, omnes omnino praeter me renunciare, fac, istam renunciationem crebrius repeti atque custodiri, quid hoc ad me? ego solus libertatem meam meumque jus conservo. Colligo inde argumentum duplex: I) Cum horum hominum summa sit libertas, *citra consensum* neque alter alteri legem scribit, neque id, quod inter quosdam semel crebriusve fit atque custoditur, alios obligat. II. Pactum nonnisi eos obligat, qui juri suo renunciaverunt, adeoque neque effectus hujusmodi renunciationis excedit *personas paciscentium*, neque, propterea quod crebrius repetitur, *nova* eidem accedit auctoritas tam quoad ipsos paciscentes, quam quoad alios quoscunque.

§. 3.

Adplicari haec omnia possunt ad personas morales, *societates* puta *maiores minoresve*, quae utuntur inter se eodem jure naturali, quod mutato tantum propter diversitatem subjecti nomine Jus gentium dicitur. Eadem harum personarum moralium summa libertas est, quae istis hominibus singulis competit. Instituta, quae apud unam

alteramve gentem obtinent, vel quae apud ple-
rasque usu servantur, alias quascunque non obli-
gant, etiamsi vel una sit, quae eo instituto non
utatur. Pactis invicem obligantur, sed nonnisi
illae, quae consensu expresse sive tacito ista inie-
runt. Ejusmodi pacta unius alteriusve gentis Jus
gentium positivum particulare efficere ajunt. Ni-
hil dissentio. Sed quid sibi velit *jus gentium
consuetudinarium*, quod ex moribus gentium ef-
formari a viris magni nominis vult, me animo
non assequi, ingenue fateor. Agedum, rem ac-
curatius consideremus: quaestio enim ad nostrum
institutum pertinet, an jus inter gentes *moribus*
constitui possit? Ajunt, ex moribus uniformibus,
et, qui inde colligi possit, consensu tacito, in-
ter gentes uniformes quasdam consuetudines eas-
que vi obligandi instructas introduci posse, ea-
rumque complexum jus gentium consuetudina-
rium efficere, quo gentes tanquam ex *nova* obli-
gationis causa, scilicet propter consuetudinem,
teneantur. De his omnibus ita ego sentio. Ni-
hil obstat, quo minus observet gens erga gen-
tem regulam, cujus observandae necessitas ex
principiis Juris gentium universalis demonstrari
nequit, veluti cum gens legatum alterius gentis
admittit, cum cives gentis exterae vel res eorum
transire per territorium suum patitur, cum bel-
lum non sine solenni indictionis ritu orditur,
cum non utitur armis venenatis ad hostes coër-
cendos, et quae sunt alia plura; eamque regu-
lam ex duplici fere causa observat, sive quod
sponte atque ex arbitrio observare eam placeat,
sive quod ex pacto cum altera gente inito ad
observandam illam obligatione perfecta teneatur.
Largior porro, istiusmodi instituta arbitraria non

uni tantum alterive genti, sed pluribus imo vero plerisque propter hanc vel illam causam observari, eaque observatione uniformitatem quandam institutorum v. g. apud plerasque gentes Europaeas obtinentium introduci. Dices tum, consuevisse gentes regulam eandem uniformiter fere tum ex arbitrio, tum ex pacti necessitate, observare, eamque observationis uniformitatem consuetudinem appellabis. Si tu, consuevisse gentes ita agere secundum significationem vulgaris dictionis, dicas, nihil habeo, quod obmoveam; imo vero etiam tunc nihil obmoveo, si fieri hoc modo posse putes, ut ex communi apud gentes moratiores observatione regula constituatur, quam sine nota *indecori* negligere haud liceat. Sed si isti regulae, propterea quod pleraeque gentes observare illam consueverunt, vim *legis universalis* tribuis, si novum fundamentum obligationis in consueta observatione quaeris, egregie falleris. Si enim I) gentes ex *mero arbitrio* uniformiter hactenus agere consueverunt, neque hae, quae ita egerunt, neque illae, quae ita non egerunt, ut porro eodem modo agant, perfecte obligantur. Pone v. g. plerasque gentes Europaeas legatos externos semper hactenus admisisse. Neque hae, quae ex arbitrio hactenus legatos admiserunt, neque illae, quae non admiserunt, ad admittendum aliquem perfecte tenentur, adeoque vides, consuetudini legatorum admittendorum hactenus nunquam negatae vim legis obligantis nequaquam inesse. Sin II) *pacto* inter se conveniunt pleraeque gentes de regula quadam observanda, 1) aliae quaecunque, quae ita inter se non convenerunt, ad istam observationem non tenentur, ac 2) eae, quae ex pacto obligantur,

non propterea tenentur, quod aliae gentes eodem modo pacisci consueverunt, sed ex proprio consensu. Quodsi vero III) ex ista observatione qualicumque consensum *tacitum* gentium elici posse putes, fictionibus atque praesumptionibus, non rerum gestarum veritate, quae tacito aequae ac expresso consensui adesse debet, res transigitur, quod certe a juris naturalis principiis alienum est. Est itaque in aprico, non existere jus inter gentes, quod ex observatione plerarumque imo quoque omnium gentium, auctoritatem suam nanciscatur, sed omnem illam a *consensu cujuscunque expresso vel tacito* (non *praesumpto vel ficto*) pendere. Si itaque dicendum sit, quod res est, curiosa haec observatio de jure, quod ex moribus gentium Europaearum venit, huic tantum fini inservire videtur, ut tirones discant, juris nomine insignire, quod jus non est, confundere fines justitiae et decori, atque, quod est res pessima exemplo, jus ex facto dijudicare, quod an expediat, illi ipsi, qui res suas ita componere solent, videant (b).

(b) Ne quid singulage sapiant modo adducta, idem sentire animadvertes *Breuning* in *Delin. Philosoph. justitiae P. spec. Sect. II. c. 1. §. 17. 18.* Imo vero *Sammet* in *Diff. de neutral. obligat. §. 5.* jus gentium consuetudinarium ad asyla ignorantiae referri debere contendit. Eodem collineat *Rousseau* *du Contrat social L. I. c. 2.*

§. 4.

Patet, inter homines et gentes, quae libertate naturali utuntur, obligationem ex moribus constitui nullam. Pergamus ad hos, qui sunt *in societate* ad obtinendum aliquem finem communem inita. Hi quoque tenentur naturali lege;

fed accedit tamen *nova causa obligationum*, quae ex *sine sociali*, quem obtinere illi volunt, adeoque ex natura et indole pacti, quo constituta societas est, redundat. Videndum itaque est, quomodo hae normae fiant, et praecipue, an ex *moribus plurium sociorum* norma communis, quae omnes obliget, confici queat.

§. 5.

Jam pone primum societatem *aequalem* pacto sociorum ita constitutam, ut alter alterius imperio non subfit. Vides, praeter obligationem naturalem, qua socius socio, velut homo homini, tenetur, opus esse norma communi ad obtinendum finem initae societatis comparata, qua omnes focii ex obligatione perfecta teneantur. Quae quomodo fiat, jam quaestio est. Neque vero fieri aliter potest, nisi *consensu omnium sociorum*, sive in ipso primordio societatis constitutae, sive postea quoque jam constituta societate, expresse sive tacite declarato. Palam est, ad constituendam societatem atque definiendam simul normam communem, qua finis societatis obtineri debeat, omnium eorum, qui societatem inire volunt, consensum requiri. Constituta hoc modo societate ex suo quisque consensu tenebitur ad implendum id, quod natura et indoles pacti socialis postulat. Cum vero de *nova* obligatione sociorum, quae pacto sociali expressa non est, quaeque derivari inde nequit, constituenda, aut de *obligatione constituta determinanda* agitur, eodem jure *omnium*, non plerorumque tantum sociorum, consensu opus esse videtur, quam sententiam ob gravissima, quibus nititur, argumenta amplector. Primo enim, si omnium

jus aequale est, pars major minori legem certe scribere nequit: deinde, cum in pacto sociali omne fundamentum obligationis, qua socius tenetur, positum sit, aliam quamcunque obligationem, quae isti pacto non inest, suscipere non tenetur, quo censu venire eam, quae constituta demum societate supervenit, certum est. Denique vero, si concedere debemus, constitui posse societatem, in qua omnia *unanimes* consensu sociorum peragenda sunt, equidem non video, quo jure dici possit, eam esse naturam societatis, ut negotia societatis consensu *plurium* peragantur. Haec cum ita se habeant, equidem utramque determinationem naturae societatis convenire, adeoque omnia ex pacti socialis tenore dimetienda esse putem. Jam vero cum extra dubitationem positum sit, in illo societatis genere majorem socios libertatem retinere, quam in hoc, neque quisquam ultra contenta pacti socialis libertati suae renunciasse censendus sit, constat, pro societate, in qua negotia consensu majoris partis sociorum peragi debent, praesumptionem non esse. Neque tanti sunt dissentientium argumenta, ut a sententia dimoveri me patiar. Ajunt, „*nullam societatem sine communi ordine et unione voluntatum subsistere posse, interim natura sua homines in rebus ad communem utilitatem pertinentibus ad dissensum valde pronos esse, hisque omnibus effici, ut dissensu ejusmodi occurrente aut semper foret recedendum a societate, aut major pars obstringeretur votis minoris partis, aut minor pars sequi deberet conclusa partis majoris*“ (c). Argumentatio redit ad observationem primam, scilicet quod propterea majora concludere debeant, quia recedendum foret

a societate diffensu occurrente: quod argumentum exigui profecto momenti est. Nolo oggerere, consistere etiamnum ejusmodi societates, neque recedi tamen ab iis solere diffensu aliquo occurrente; quid inde concludendum erit, si concedamus quoque, propter intestina dissidia diu ac feliciter consistere ejusmodi societatem non posse? nihil fane aliud, nisi hoc, quod regulis *prudentiali* conveniat, pacto speciali talem constitui societatem, in qua major pars consentientium vincat minorem; neque adeo hanc regulam inesse ipsi pacto sociali, sed pendere a determinatione ab ipsis paciscentibus adjecta. Ita vero res eo redit, ut in societate aequali socii alia obligatione sociali non teneantur, nisi ea, quam suo quisque consensu pactoque suscepit: unde simul facile fit conclusio, socium ex *factis* sociorum nunquam obligari, si vel maxime hac mente, ut normam inducerent, suscepta, moribusque diuturnis atque uniformibus firmata sint. Sed, ne quid diligentiae nostrae effugiat, rem paulo accuratius perpendamus. I) Quodsi plures socii facta quaedam susceperunt *ex arbitrio*, talia quippe, quibus suscipiendis vel non suscipiendis illi ex necessitate pacti sociali non adstringuntur, actibus istis inesse *jus efficaciae* ob facultatem licite ita agendi, nemo negabit; neque vero hoc jus efficaciae pendet ab eo, quod reliqui socii eodem modo agere consueverunt, sed ab arbitrio libero, quod competit sociis in omnibus his, quae lege sociali in necessitatem agendi non abierunt. Uti haec indubitata sunt, ita neque certum est, istis actibus *alios* non obligari, ut eodem modo agant, etiamsi modus ita agendi consuetudine fere plerorumque diuturno usu fer-

vata firmetur. Neque rem variat, si illi, qui ita agere consueverunt, hac sua observatione normam obligandi generalem inducere voluerint, nec ne, quandoquidem ejusmodi norma consensu eorum, qui obligari debent, non vero ex arbitrio aliorum quorumcunque, quibus imperandi potestas nulla est, constituitur. Ita vero consuetudo agendi, a majori sociorum parte servata, vi obligandi alios plane destituta est: imo vero hos ipsos, qui secundum istam consuetudinem egerunt, non obligari putem, donec ex mero arbitrio agere ita consueverunt, neque pacto revera inito ad observandam consuetudinem obligari voluerunt, quo facto tenentur illi ex pacto, non ex consuetudine. Dico, pacto revera inito: nam nec hic admitto divinationes aliorum, qui continuis et diuturnis moribus praesumptionem pacti expresse initi induci opinantur (*d*). Apage istas fictionum atque praesumptionum ineptias, ubi nonnisi rei gestae certitudo definire quidquam potest! Legis enim *positivae* est fingere esse id, quod non est, non legis naturalis. II) Si plures agere consueverunt ex norma *pacti socialis*, recte illi agunt, proba est ita agendi consuetudo, caeteri omnes eodem modo agere tenentur, — neque tamen propter consuetudinem, sed ex pacti socialis necessitate. III) Denique, si plures socii *negligunt* observationem normae pacto sociali constitutae, illicite illi agunt, neque consuetudine sua ita agendi laesionem pacti socialis iustam faciunt. Jam vero aut socii contra hos, qui violant legem societatis, jus suum persequuntur, aut consensu suo expresse vel tacito illam non observari patiuntur, aut,

cum accedunt istorum opinioni, unanimi consensu tollunt obligationem pacto priori constitutam. Casu primo consuetudo injusta legem facere nequit; secundo propter causam *privilegii*, subsistente etiamnum lege, ab obligatione illam observandi exemptos socios dices; tertio denique consuetudinem plurium sociorum legi contrariam eam non abrogasse, sed potius occasionem ejus tollendae per consensum unanimem sociorum prae-buisse, certum est.

(c) Sunt verba *Thomasii* in *Diff. de jure consuetud. et observ.* §. 30. Iam sentit *Rousseau* l. c. *L. IV. c. 2.* Ait ille: „Hors ce contrat primitif la voix du plus grand nombre oblige toujours les autres: c'est une suite du contrat même. Quand on propose une Loi dans l'assemblée du Peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément, s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur; chacun en donnant son suffrage dit son avis là - dessus, et du calcul des voix je tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que je m'étois trompé, et ce que j'estimois être la volonté générale, ne l'étoit pas.“ Quis vero, quaeso, me invito judicet, que je m'étois trompé? et quid, si ego judicem, alios in errore versari, me vera proponere?

(d) Conf. *Thomasius* l. c. §. 49.

§. 6.

His ita compositis, transeundum jam est ad *societates inaequales rectorias*, ac videndum accuratius, an inter eos, qui constituunt societatem, moribus constitui possit norma regendae societatis. Definiri debet quaestio proposita ex principiis juris socialis universalis, atque ex his hau-rienda deinde est doctrina juris publici atque civilis universalis, quae de vi ac potestate morum

in civitate tractat. Utraque doctrina quamvis separatim enucleari possit, eadem tamen, cum ex eodem fonte, qui in *jure sociali universali* continetur, hauriendae sint, tractari simul non incommode possunt: in quo ipso tamen ita versabimur, ut argumentum tractationis potissimum ad id, in quo cardo instituti nostri versatur, scilicet ad *statum societatis civilis*, redeat.

§. 7.

Posita societate inaequali rectoria, sive quod eodem redit, societate civili, in qua est imperans, qui regit, ac subditi, qui reguntur, norma duplex existit: una, quae pertinet ad *formulam societatis regendae publicam*, altera, qua definiuntur jura et obligationes *subditorum*, quatenus considerantur tanquam *privati*.

§. 8.

Quod primum attinet ad eam partem formulae publicae, quae determinat *jura et obligationes imperantium et subditorum mutuas*, palam est, omnia ista derivanda esse ex *pacto* a populo cum imperante, sive in ipso actu transferendi summi imperii civilis, sive constituta quoque civitate, initi. Quemadmodum enim jure non constituitur civitas citra consensum sociorum, sive expresse sive tacite declaratum; ita nec fundamentum juris, quo imperans ac subditi sibi inuicem perfecte tenentur, repeti aliunde potest, quam ex his, quae vel *expresse* continentur in pacto subjectionis civilis originario vel superveniente, vel quae ex *natura* ac *indole* ejusdem *interna* derivari legitime possunt. Ita fieri potest, ut, quod

ineſt naturae pacti ſubjectionis civilis, determinetur conventionibus accidentalibus imperantium et ſubditorum, ea quidem ratione, ut vel addatur aliquid, quod naturae ejusdem pacti non ineſt, aut detrahatur exercitio eorum jurium, quae in ſumma poteſtate civili continentur. Utrumque fit conſenſu pactitio eorum, quorum intereſt, adeoque imperantis et ſubditorum, expreſſo ſive tacito; non vero *praesumpto*, qui nonniſi ex errore inſigni ac fere pudendo eodem jure cum tacito a viris doctis haberi ſolet. Ille conſenſus quomodo expreſſe declaretur, hic explicare nihil attinet: id tantum in quaestione, quae noſtri inſtituti ac difficilioris fane argumenti eſt, jam verſatur, an ex *moribus*, ſive, quod eodem redit, an ex eo, quod crebrius reperitur ac cuſtoditur inter imperantes et ſubditos, colligi poſſit conſenſus ad conſtituendam normam regendae ſocietatis civilis directus, quem, cum ex factis eorum, quorum intereſt, elici debeat, tacitum appellabimus.

§. 9.

Quaeſtio accuratius enunciata non ſaltem eo redit, an ex factis concludentibus colligi poſſit conſenſus ejusmodi pactitius, quod extra dubitationem poſitum eſt; ſed id tantum expoſitione diligentiori eget, an mores factaque crebrius repetita eorum, quorum intereſt, pro factis ejusmodi conſenſum pactitium inferentibus haberi poſſint, nec ne: quae ipſa diſquiſitio iisdem fere difficultatibus, ac omnis de conſenſu tacito doctrina, premitur. Oritur haec difficultas ex eo, quod illa ipſa quaestio, an ex hoc illove facto colligi poſſit conſenſus, non ex regula aliqua generali,

sed ex significatione plerumque arbitraria, quae consensione quadam hominum inducta et recepta est, definiri debeat. Ita vero regula, quod ex factis tum demum colligi possit consensus tacitus, si is, qui factum aliquod suscepit, hoc ipsum factum nulla alia menta suscipere potuit, quam consentiendo in id, ex quo alter jus sibi acquirere vult, exemplis illustrari debet, quae in ipsis rerum argumentis obvenire solent. Neque enim est, quod metuamus, ne dicendi materia deficiat, cum Doctores juris publici universalis, aequae ac Germanici, praeter leges fundamentales scriptas, fundamentum proprium juriū atque obligationum in causis publicis ponant in *observantia*, tanquam specie juris non scripti, quod efficiat, ut permulta solum ideo sic nec aliter agantur, quia jam antea sic acta fuerant.

§. 10.

Quidquid ejus rei sit, primum quidem pro indubitato accipio, *facta sola* non inducere jus vel obligationem, nisi legis dispositio hanc efficaciam illis tribuat, adeoque nec inde normam in causis publicis effici, quod jam antea quidquam sic nec aliter factum fuerit. Neque sententiam mutat *repetitio factorum*, nisi accedat repetitioni eadem ex lege vis. Jam vero si omnis efficacia juris, quae ex factis descendit, repetenda est ex dispositione legis, quae in his, quae nexum imperantium et subditorum concernunt, nonnisi ex principiis juris naturalis, quae de natura *obligationis pactitiae* tractant, derivari potest, facile conficitur, non repetitioni actuum, sed tantum consensui, qui ex facto colligitur, vim obligandi inesse, neque huic efficaciae addi quid-

quam vel detrahi, siue unus siue plures actus illi fuerint. Ponamus in negotio, quod jura et obligationes imperantium et subditorum concernit, unam alteramve partem centies factum aliquid suscepisse, unde norma regendae civitatis confici debeat: haec certe actuum repetitio sola jus non facit, nisi accedat consensus alterius partis. Ponamus e contrario, unam alteramve partem aliquid facere, quod altera consensu suo profecto iusto agnoscat, jus inde efficitur, etiam si illud factum amplius non repetatur. Quod si ita rationes subducamus, palam est, *observantiam juris publici*, uti vulgo dicitur, omnem suam auctoritatem capere ex consensu *tacito eorum, quorum interest*, atque adeo idem esse ac pactum tacito consensu inter imperantes et subditos initum: quo ipso simul observatur, male illam referri ad jus, quod ex moribus, id est, ex rerum similiter gestarum observatione auctoritateque, oritur. Otiosae ideo, si quid video, sunt quaestiones, quibus mirum quantum torqueri animadvertes Doctores juris publici, an in observantia juris publici requirantur actus plures, diuturni, et quantum temporis ad constituendam illam desideretur? Otiosas dico, quia originem suam debent aut incongruae adplicationi doctrinae juris privati de consuetudine ad statum publicum, aut parum sollicitis de jure, quod ex moribus venit, meditationibus. Inde quoque facile dijudicari potest, unde tam parum constans sit Doctorum sententia, quando mox observantiam ex rerum similiter gestarum observatione auctoritatem capere, mox unicum actum ad introducendam illam sufficere, dicunt: quae quomodo cohaereant, ipsi illi judicent (e). Operae omnino pretium fo-

ret, discutere tenebras, quae doctrinae nobilissimae atque in ipsis rerum argumentis frequentissimae per enucleationem parum sollicitam naturae consensus taciti, in quo cardo rei vertitur, suffusae sunt, eoque ipso ad certitudinem perducere ea, quae nonnisi vitio Doctorum incertitudine laborant: sed mittenda est res, quam nostri instituti non esse ex haecenus observatis adparet.

(e) Ita suam aliorumque sententiam exponit *de Selchow* in *Elem. Jur. Germ. publ.* §. 40. 44.

§. II.

Redit series tractationis ad aliam quaestionem, quae propius ad institutum nostrum accedere videtur. Scilicet in istis causis, quae ad formulam civitatis publicam pertinent, imperantes subditive in asserendis juribus et obligationibus mutuis saepissime provocant ad *exercitium juris diuturno usu servatum*, eoque ipso fundamentum juris legitime acquisiti in *favore possessionis*, cuius contrarii memoria non extat, vel in efficacia *praescriptionis acquisitivae* vel *extinctivae*, quaerunt. Quodsi ex his omnibus legitima jurium et obligationum publicarum causa repeti potest, hoc ipsum jus ex moribus sive ex eo, quod crebrius repetitum ac custoditum est inter eos, quorum interest, auctoritatem suam cepisse, non incommode dicitur. Imo vero eo redire plurima capita, quae vulgo ex observantia juris publici demonstrari solent, observare facile licet.

§. 12.

De his omnibus ut distinctius constet, opus est, ut praemittamus principia juris naturalis de

effectibus possessionis atque praescriptionis, quorum usus est in iis causis, quae ex doctrina juris civilis privati dijudicari non possunt, quo referendae sunt eae, quae nexum imperantium et subditorum concernunt. Hac consideratione primo loco occurrit illud ad animadvertendum, quod, cum secundum principia juris naturalis iustitia externa facti alicujus ex jure, non vero jus ex facto, demonstrari possit, neque possessio sive exercitium alicujus juris, neque crebrior ejusmodi facti, de cujus iustitia nondum constat, repetitio, iustitiam facti, quod in exercitio juris consistit, evincat. Ubi itaque aliquis se in tali jure fundat, quod nonnisi ex *consensu alterius* acquiri legitime potuit, certitudo hujus legitimae acquisitionis, de qua dum non adparet, alter obligatus esse nequit, ex solo facto vel possessione alterius, qui jus sibi asserit, neutiquam colligitur. Obiicies, inde quidem jus non certum fieri, sed tamen *praesumptionem* juris legitime acquisiti pro possidente effici, quae probationem contrarii in alterum devolvat. Itane rem transigi juris civilis auctoritate desideras, quae in iis causis, quae jura imperantium et subditorum concernunt, nulla est? Quodsi vero in eo consentiamus, quod ratio decidendi quaestionem controversam ex jure naturali peti debeat, de his omnibus ita mihi videtur. Cum quis contendit sibi competere jus ex consensu alterius quaesitum, is, de cujus obligatione ex consensu suo redundante quaeritur, jure suo perfecto desiderare potest, ut alter probet factum, sive ut demonstret *certitudinem* ejus consensus, ex quo sibi jus asserit. Dicet is, se hoc jus hucusque exercuisse. Inde vero factum suum probat, non consensum

alterius, unde iustitia facti descendit! Regeret ille, sibi ita agenti alterum non contradixisse, ergo consensisse. Qualis consequentia, quod is, qui non contradicit, dum ad contradicendum obligatus non erat, hoc ipso consentiat! Vulgata quidem est regula, consentire eum videri, qui tacet, quam vero non admitto, nisi, cum loqui debebat, lege fingatur ejus consensus intervenisse, aut si ex taciturnitate ejus propter circumstantias consensus tacitus elici possit. Nonne vero probabile est, illum, qui non contradicit, consensisse? Largiar jam id, quod largiri semper nequeo. Quid, quaeso, efficitur demonstratione probabilitatum, quas alter, dum certitudinem jure suo desiderat, nunquam admittet? Ignorat *jus naturae* praesumptionum atque probabilitatum legalium efficaciam, quae sola juris civilis auctoritate fundatur. Neque aliud, si quid video, obtinet in eo casu, si quis in exercitio juris versatur, cujus acquisiti memoria non extat, adeoque nec iniustitia demonstrari potest. Namque huc quoque adplicari debent principia modo posita. Is, ex cujus consensu alter jus sibi acquisitum asserit, nunquam probat, adeoque nec fieri potest, ut propter memoriam deletam remediis ad probationem idoneis destituatur. Imo vero doleo alterius causam, quae peior est, quando memoria acquisiti juris cujusdam ex consensu alterius amplius non extat. Multiplicis usus sunt definitiones modo propositae in dijudicandis juribus summorum imperantium ex principiis juris publici universalis (de eo enim, quod in Germania obtinet, quaestio jam non est), exempli causa, quando subditorum aliquis contra Principem contendit sibi competere jurisdictionem patrimoniam, jus per-

cipiendi vectigalia vel alias utilitates, quae ex exercitio regalium redundant; quando se exemptum esse ab onere pensitationum publicarum vel aliarum obligationum, quae ex nexu subjectionis civilis oriuntur, asserit; utroque casu possessione vel praescriptione immemoriali juris alicujus vel libertatis natus. Eodem contra jure nec Imperans possessione seu praescriptione tueri se potest in asserendo sibi jure indeque redundante obligatione subditorum, quae naturae ac indoli summi imperii civilis non insunt, adeoque peculiare fundamentum in consensu pactitio speciali habent, veluti jus metallifodinarum, minerarum, salinarum, lapidicidarum etc. in fundis privatorum.

§. 13.

Eadem fere principia, quae hactenus adoptavimus, adplicari quoque possunt ad jura et obligationes *subditorum* inter se in iis causis, quae *formulam publicam* regendae civitatis concernunt, quando scilicet quaestio incidit de juribus ac obligationibus, quae intercedunt civitati cum ordine civium, qui tanquam personae intermediae, nomine ac jure totius civitatis, vel jura populi tuentur, vel partes ordinandae civitatis summo imperante destitutae suscipiunt. Cum enim omnia ea jura regulariter ad totam civitatem pertineant, nec exercitium eorundem alio modo acquiri a certo civium ordine potuit, nisi consensu pactitio expresso sive tacito. Constare itaque certo debet de translatione ista legitime facta, neque ideo ordines provocare possunt ad possessionem sive praescriptionem, etiamsi immemoralis sit, quae utraque certitudinem demonstrare neutiquam

potest, nisi accedant alia facta, ex quibus, tanquam ex argumentis concludentibus, consensus tacitus utriusque partis colligi legitime possit.

§. 14.

Quod denique attinet ad modum, quo definitur relatio eorum civium *inter se*, qui jura populi tuentur vel exercent, is quidem pendet omnis a determinationibus per conventionem pactitiam inter cives eorumque peculiare ordines factis. Quatenus vero illi ordines in exercendis jure per pactum ad se translatis vel in definiendo modo, quo jura ita acquisita administrari et exerceri debeant, versantur, utuntur illi jure societatis *aequalis*, in qua an moribus introduci possit jus, quo omnes socii teneantur, supra §. 5. principia exposita sunt, quae adplicari huc omnino possunt.

§. 15.

Supereft, ut dispiciamus de eo, an moribus introduci possit norma, quae determinet *jura et obligationes civium* ejusdem reipublicae, quatenus tanquam *privati* considerantur: quae ipsa disquisitio maximi momenti est in dijudicandis controversiis, quae circa jus consuetudinarium obvenire solent, cum Leges positivae, uti v. g. Germanorum obscure plerumque rem definiant, adeoque saepius res eo redeat, ut vel illustrandae sint illae ex principiis juris publici universalis, vel, cum desint omnino, fundamentum decidendi ex his unice repetendum sit.

§. 16.

Primum quidem certum est, constituta societate civili, etiamsi ex pacto sociali oriantur nova

jura ac obligationes sociorum erga societatem eosque qui regimen societatis civilis gerunt, adhuc dum inter ipsos socios, quatenus considerantur tanquam privati, consistere eundem nexum, qui antea inter ipsos extra societatem obtinebat, adeoque jura et obligationes eorum definiri debere ex principiis juris mere naturalis. Constituta tamen civitate in ipso illo fine obtinendae utilitatis publicae, atque in imperio civili, quod translatum est ad Principem, continetur jus summi Imperantis, determinandi ea, quae inter cives geruntur tali norma, quam cum distinguimus ab ea, quae ex principiis justis naturalibus descendit, *civilem* sive *positivam* vocamus. Ita vero fit, ut obligatio sive jus, quo civis tenetur utiturve, descendat 1) vel lege *civili*, quae a) *praecipit prohibetve* aliquid fieri, quod non continebatur necessitate juris naturalis, aut b) quae *permittit* aliquid fieri, adeoque indulget jus agendi, quod jure naturali non competebat: 2) vel ex lege *naturali*, quatenus lege civili mutata aut circumscripta non est.

§. 17.

Legis civilis ratio omnis continetur in *voluntate legislatoris*, qui in civitate est summus Imperans, sive expresse sive tacite declarata: atque inde facile conficitur, citra hanc legislatoris voluntatem neque constitui, neque mutari, neque tolli posse legem qualemcunque praeceptivam, prohibitivam, vel permissivam. De eo modo, quo Imperans expresse legem observari vult, jam quaestio non versatur: sed id tantum ad disquisitionem nostram pertinet, an *factis* sive *moribus civium* introduci vel mutari penitusve abrogari pos-

fit lex civilis. Cujuscunque qualitatis sit ista lex civilis, quae constitui vel tolli actibus vel moribus civium debeat, hoc certe extra dubitationem positum est, civibus hoc in ordinata societate civili datum non esse, ut legem constituent vel tollant, eamque efficaciam neque expressis declarationibus, neque tacite factis vel moribus, unquam produci. Inde vero sequitur, quod efficacia ejusmodi actuum legitima nonnisi a consensu legislatoris expresso vel tacito pendeat, quae ipsa, prouti casus diverso modo evenire solent, diversissima est. Videbimus itaque, quid jure efficiatur huiusmodi actibus vel moribus, quidque novi accedat effectibus legitimis, qui actibus hisce vel moribus producuntur, ex consensu summi Imperantis.

§. 18.

Quod primum ad legem civilem *praeceptivam* vel *prohibitivam* moribus civium *constituendam* attinet, I) tantum abest, ut solis moribus vel factis lex, quae omnes cives obliget, produci possit, ut potius ne inter eos quidem, quos factum illud contingit, nascatur vinculum obligationis. II) Quodsi itaque facta ejusmodi *jure* suscipiuntur, duplex iterum inspectio est. Aut enim hi, qui facta suscipiunt, alios inde *obligare* volunt, aut *non*. Si posterius, patet, normam obligatoriam enasci inde non posse, cum nec animus obligationem constituendi adsit: sin prius, constituitur quidem obligatio, sed nonnisi talis, quae consensu *pactitio* nititur. III) Neque *diuturnitas* neque *uniformitas* actuum hunc effectum, qui ex ipsa rei natura descendit, mutare potest. Imo

vero IV) nec tum amplius quidquam efficitur, si actus isti *ex opinione necessitatis* suscepti sint. Quodsi enim aliquis in eo errore versetur, ut putet, se ad actum ita suscipiendum lege civili teneri, tum sane error unius alteriusve, vel plurius, etiamsi in consuetudinem quasi abierit, caeteros, qui errare nolunt atque ad libertatem provocant, obligare neutiquam potest. Ex his omnibus V) facile colligitur, ex hujusmodi factis, siue semel tantum siue pluries, siue eodem modo, siue diversis, evenerint, inter cives vel plane nullam, vel saltem non eam, quae tanquam lex civilis valeat, normam obligandi induci. Fingamus tandem VI) accedere istis actibus moribusve diuturnis, uniformibus, ex opinione necessitatis susceptis, *consensum summi Imperantis*, nec inde mutari regulas propositas putem. Ipse enim summi Imperantis consensus ad hosce actus directus aliam eisdem naturam non inducit, sed declarat tantum, id, quod gestum ita est, civiliter justum esse: adeoque consensus summi imperantis in casibus modo propositis accedens nec superinducit sua natura obligationem civilem iis actibus, qui nequidem cum intentione alios obligandi suscepti sunt, neque extendit fines obligationis pactitiae ultra hos, qui ex consensu suo, non legis civilis auctoritate, tenentur. Colligo inde, ad effectum constituendae legis civilis praeceptivae aut prohibitivae non sufficere actus civium diuturnos, uniformes, ex opinione necessitatis susceptos, siue cum intentione alios obligandi suscepti sint siue non, siue accesserit hisce actibus consensus summi Imperantis, siue non; idque si consensu illius expresse non efficitur, nec tacito effici posse, facile patet.

§. 19.

Quantumcunque vero legem ex consuetudine hac ratione oriri negem, id tamen lubens admitto, *occasionem* ejusmodi actus praebere posse summo Imperanti ad constituendam novam legem praeceptivam vel prohibitivam, quae ipsius voluntas sive ex declaratione expressa sive per consequentiam ex factis colligatur, unum idemque est. Accidit hoc, quando summus Imperans non approbat saltem facta civium, sed declarat quoque verbis factisve animum obligandi caeteros cives, ut eodem modo agant. De modo, quo expresse eum animum declarat Princeps, constat; ex quibus *factis* is hauriendus sit, quaeritur. Habes exemplum. Si cives valide ineunt contractus sine confirmatione judicis, jam aliquis vel plures a iudice eos confirmari curant, hos solos pro validis agnoscit Princeps, alios vero quoscunque iudiciali confirmatione destitutos pro invalidis declarat, tum constat de ejus voluntate novam legem introducendi. Legem ita ortam jus moribus introductum vocant; cuius ego denominationis rationem non perspicio. Neque enim moribus introducitur ipsa lex, qui nonnisi occasionem ejus introducendae praebuerunt; neque requiruntur plures actus aut diuturni, cum vel unus id efficere possit, neque ut uniformes actus sint necesse est, cum non ex uniformitate actuum, sed ex confirmatione Principis huic vel illi actui accedente jus fiat. Sed enimvero in terminis sumus faciles, dummodo res extra controversiam posita sit. Id unum tantum moneo, ut ne consensum Principis, qui certus esse debet sive ex declaratione expressa sive ex consequentia ex facto ejusdem legitime deducta, *fingamus* inter-

venisse, quod quidem ne ex *probabili* quidem conjectura fieri debet; deinde vero, ut ne eam auctoritatem tribuamus *magistratui*, qui, legum ferendarum potestate destitutus, nonnisi leges ad facta subditorum adplicat, quod obtinet, usque dum Principem hanc potestatem ei contulisse, vel facta ejus adprobasse, non adpareat.

§. 20.

Vidimus, jure publico universali non permitti civibus, actibus suis moribusve constituere legem civilem praeceptivam aut prohibitivam, unde facile concluditur, idem obtinere debere in *abroganda* vel *mutanda* lege, quae praecipit prohibereve aliquid a civibus fieri. Quodsi enim actiones contra jura haecenus sancita susceptae efficaciam obtinere debent siue impunitatem, neque actuum a civibus susceptorum uniformitas, neque diuturnitas id efficiunt, sed sola voluntas summi Imperantis contraria, expresse siue tacite declarata. Is vero animus aequae, ac priori casu, non fingitur, neque ex probabili conjectura praesumitur, sed certo de eo constare debet. Quodsi itaque de voluntate Principis *certa*, neque probabiliter tantum, constare debet, equidem nec admitto ista indicia, quae vulgo a. DD. afferri solent, quorum doctrina juribus summorum imperantium cum injuria detrahi, mihi persuasum est. Putant illorum plerique (*f*), evidentissimi indicii, unde de animo abrogandae legis constare possit, loco habendam esse *Confirmationem expressam*, actibus civium lege contrariis accedentem: quae cum deficiat, saltem tacitam ratihabitionem, quae partim ex scientia, partim ex patientia colligenda sit, vice ejus fungi.

Exemplum adducunt, si legislator sciat, saepius a lege recedi, neque observationem legis data occasione urgeat, sed legem impune violari patiatur, aut negotium legi minus consentaneum ratum nihilominus ac firmum esse sinat, praesumptionem inde nasci, ipsum nolle legem amplius observari. Illi vero cum videant, praesumptionibus ac fictionibus sibi rem agi, amplius ad probandam ratihabitionem, quam tacitam vocant, requirunt certos actus certasque horum circumstantias aut qualitates ad praesumptionem producendam idoneas: easque circumstantias in eo ponunt, ut actus sint rationabiles, quod alioqui ratihabitio Principis non facile praesumatur; plures iterati, cum ex uno alterove actu legi contrario animus mutandi aut tollendi legem ex parte Principis itidem non satis tuto colligatur; publice celebrati, ita, ut verosimiliter non ad Principis solum, sed et ceterorum civium notitiam pervenire potuerint; judiciales, quod Princeps ea, quae in judiciis a se constitutis fiunt, probare ac ratihabere censeatur; per diuturnum tempus frequentati, quod non sit verosimile, Principem per longum temporis spatium legem impune negligi, passurum fuisse, nisi in posterum legem negligi voluisset, et quae sunt plura. Nugae omnia! Multiplici vitio urgentur hae argumentationes. I) Primo enim illud neutiquam admitto, quod *confirmatio* Principis expressa ejusmodi actibus legi contrariis accedens *sola*, neque aliis indiciis suffulta, indicium praebet legis ex voluntate Principis *abrogatae*. Namque inde nihil aliud probatur, quam voluntas Principis actum vel unicum vel plures ab obligatione legis eximendi, eaque exemptio vel semel vel plu-

ries facta neutiquam praebet indicium legis abrogatae, sed potius ex natura ac indole *privilegii* vel *dispensationis* dijudicanda est. II) Quodsi itaque confirmatio expressa legem non abrogat, nec confirmatione five consensu *tacito* is effectus producitur. Deinde III) quod, si Princeps legem impune violari patiatur, aut negotium legi minus consentaneum ratum nihilominus ac firmum esse sinat, ille legem abrogare velle, credendus fit; hoc argumentum praesumptionibus atque probabilitatibus, non ipsa rei veritate, nititur. Neque vero praesumere voluntatem legislatoris, sed *certo* scire debemus. Denique IV) cum *judices* et *magistratus*, five superiores five inferiores, non habeant potestatem abrogandarum legum, nec eorum sententiis in controversiis civium decidendis prolatis id efficitur. Imo vero potestate sua abutuntur iudices, qui talia conantur, illicitae ac nullae sunt sententiae contra jus prolatae, neque Principes censentur probare ac rati habere ea, quae in judiciis a se constitutis contra leges atque judiciorum ordinem fiunt. Haec de regula ita obtinebunt. Excipio casus, si vel magistratibus ea potestas data sit a Principe, vel princeps rebus perpetuo similiter iudicatis eam auctoritatem concesserit, vel expressa tacitave confirmatione sententiae contra jus prolatae animum abrogandae legis prioris declaraverit.

(f) Ita argumenta communiter adoptata exposuit *Kemmerich* in Tract. de Probat. consuet. et Observ. Sect. II. §. 11. 12.

§. 21.

Lex civilis, quae *permittit* aliquid fieri, dum indulget ius agendi, quod jure naturali non com-

petit, itidem aequae ac praeceptiva aut prohibiti-
va, I) actibus vel moribus civium non *constitui-*
tur. Ita verbi gratia ad Leges permissivas refero,
quae civibus facultatem acquirendi ex testamento
alterius cum exclusione aliorum quorumcunque,
vel facultatem acquirendi res, quae quidem partes
sunt domini publici, neque tamen ad dominium
privatum civis alicujus pertinent, tribuunt. Ea
jura, quae beneficia juris civilis recte vocaveris,
descendunt vel ex formula publica constitutae ci-
vitatibus, vel ex dispositione summi Imperantis,
quae in lege civili continetur, adeoque ratio con-
stituendorum eorundem in factis civium singulo-
rum posita esse nequit. Neque id efficit consen-
sus Principis ejusmodi actibus accedens. Quod si
enim ponamus, Principem confirmare vel tan-
quam civiliter validos adprobare actus, quae ci-
tra dispositionem legis permissivae validi non sunt,
ex sola ista confirmatione aliud inferri non po-
test, quam voluntas Imperantis, tribuendi ex cau-
sa *privilegii* efficaciam actui, quae ex regula illi
non competebat. Dicere vero, quod ex ea con-
firmatione colligi possit voluntas Principis, novam
legem permissivam constituendi, est extendere sig-
nificationem facti ultra id, quod ipsius naturae
inest, nisi accedant alia argumenta, ex quibus
mentem ejus latius patere dignoscatur. II) Quod
vero ad modum *tollendi* ejusmodi legem permis-
sivam attinet, I) si quidem jus, quod inde enas-
citur, competit civibus ex formula civitatis pu-
blica, tantum abest, ut factis moribusve civium
eripi illud possit his, qui non consentiunt, ut
nec summo Imperanti citra casum utilitatis aut ne-
cessitatis publicae id datum sit: adeoque, cum

consensu expresse Principis jure id fieri nequeat, de effectu consensus taciti quaestio supervacanea est. 2) Quodsi vero mero arbitrio summi Imperantis ista lex permissiva nitatur, tolli illa omnino potest declaratione voluntatis contrariae, in quo ipso tamen iterum cavendum est, ut de factis concludentibus, unde ista voluntas contraria colligatur, sumus solliciti. Neque enim ejus juris ex lege quaesiti solus non - usus civium, etiamsi continuus ac diuturnus, ita ut nec de memoria ejus juris exerciti constet, neque facta civium singulorum huic juri renunciantium saepius repetita, neque sententiae judicum contra jus quaesitum civium prolatae, sed nonnisi talia facta quidquam probant, unde vel consensus omnium civium, se isto jure amplius uti nolle, vel Principis expressus sive tacitus v. g. ex denegata confirmatione istius juris, colligatur.

§. 22.

Eadem principia, quae modo adduximus, applicari quoque debent ad eam quaestionem, qua ratione tolli possint Leges *naturales*, quibus deficiente lege civili, jura et obligationes civium inter se definiuntur. Quodsi enim ex legis publicae auctoritate datum est summo Imperanti, mutare, determinare, aut generatim ad rationes confederationis civilis redigere id, quod lex naturalis disponit, lege praeceptiva aut prohibitiva opus est, quae quomodo declaratione summi imperantis expressa seu tacita nitatur, jam supra §. 18. plenius exposuimus.

§. 23.

Supereſt, ut ſententiam noſtram de conſuetudine ſeu obſervantia, uti vulgo dicitur, *interpre-*

tativa, qua scilicet non inducatur lex, sed tantum vera ejus sententia indicetur, exponamus, quod brevibus fieri potest. Supervacaneam putamus quaestionem de factis, ex quibus ista interpretatio colligenda sit, quandoquidem summa disquisitionis eo redit, utrum consuetudinis interpretativae is effectus sit, ut comprobet veram legis jam latae sententiam, an vero is, ut addat detrahatve ejus sententiae. Si prius, tum nihil novi accedit, adeoque lex valet propter suam ipsius auctoritatem, non propter interpretationem, quae ex moribus accedit. Si posterius, tum agitur de constituenda lege nova, aut mutanda ea, quae jam constituta est, adeoque quaestio redit ad effectus legales consuetudinis in constituenda aut mutanda lege, id quod §§. prioribus latius expositum est.

§. 24.

Quodsi jam colligamus argumenta, haec nostra sententia est. I) Inter *liberos* homines agentes, aequae ac eos, qui sunt in *societate aequali* jus ex factis non oritur, nisi propter consensum pactitium. II) In *civitate* A) observantia quidem obtinet in causis *publicis*, sed nonnisi talis, quae consensu pactitio tacito nititur, adeoque neque ex moribus factisve, neque ex possessione aut praescriptione, descendit. Quod vero B) ad causas *privatorum* attinet, nonnisi voluntate Principis constituitur mutatur tolliturve lex. Ideo 1) mores vel facta civium non faciunt tolluntve legem; sed tamen 2) occasionem Principi praebere possunt constituendae vel abrogandae ejusdem consensu expresso sive tacito; sed nec 3) requiritur ad eum effectum actuum uniformitas, diutur-

nitas, quodque ex opinione necessitatis suscepti sint, nec 4) praesumere vel fingere licet Principis consensum, nec 5) praescriptione tollitur legis dispositio, nec 6) judicum sententiis rerumve perpetuo similiter judicatarum auctoritate id efficitur. Ut itaque ex uno alterove horum is effectus descendere debeat, declaratione summi Imperantis antecedente opus est.

C a p. II.

DE JURE, QUOD MORIBUS CONSTITUITUR, EX PRINCIPIIS ROMANORUM.

§. 25.

Absolutis principiis juris naturalis de jure, quod ex moribus venit, jam distinctius judicare licebit de iis, quae circa idem argumentum legibus positivis constituta sint, in quibus exponendis prima causa *Juris Romani* esto.

§. 26.

Enumerant omnem *νομοθεσίας* romanae ambitum auctores, quibus integra fides est, *Cicero* et *Pomponius*. Ille quidem (a) partes juris civilis „in Legibus, Senatusconsultis, rebus „judicatis, *Juris peritorum* auctoritate, edictis „magistratum, more, aequitate“ consistere ait. Hic vero, expositis, originibus legum romanarum, ita concludit (b): „Ita in civitate nostra „aut jure, id est, lege constituitur; aut est pro- „prium jus civile, quod sine scripto in sola pru- „dentium interpretatione consistit; aut sunt legis „actiones, quae formam agendi continent; aut

„plebiscitum, quod sine auctoritate patrum est
 „constitutum; aut est magistratum edictum, un-
 „de jus honorarium nascitur; aut Senatusconsul-
 „tum, quod solum Senatu constituyente inducitur
 „sine lege; aut est principalis constitutio, id est,
 „ut quod ipse Princeps constituit, pro lege ser-
 „vetur.“ Ita vero uterque eo refert: 1) Leges,
 et quae eodem jure habentur, Plebiscita, 2) Se-
 natusconsulta, 3) Juris peritorum auctoritatem
 five jus civile, 4) edicta magistratum; addit
Pomponius 5) legis actiones, 6) Constitutiones
 Principum: *Cicero* 7) res judicatas, 8) mores
 et 9) aequitatem.

(a) *Top, V.*

(b) in *L. 2. §. 12. D. de orig. jur.*

§. 27.

Harum, quae modo enumeratae sunt, partium
 juris civilis romani partitionem summam in *Jus*
scriptum et *non scriptum* itidem Leges romanae
 nobis exhibent, in quo ipso cavendum maxime
 est, ut duplex significatio, qua veniunt istae ver-
 borum notationes, probe distinguantur.

§. 28.

Prima juris scripti et non scripti significatio
 haec est, secundum quam ea, quae memoriae
 mandantur, ut pro legibus observentur, *jus non*
scriptum; ea vero, quae in legibus scripta com-
 prehenduntur ac custodiuntur, *jus scriptum* ef-
 ficiunt. Ita, ex quo sua hausit *Justinianus*
Imp. (c) Ulpianus (d): „*Jus civile est,*
 „*quod neque in totum a naturali vel gentium re-*
 „*cedit, nec per omnia ei servit. Itaque cum ali-*
 „*quid addimus vel detrahimus juri communi, jus*

„*proprium, id est civile, efficimus. Hoc igitur*
 „*jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine*
 „*scripto, ut apud Graecos τῶν νομῶν οἱ μὲν ἐγγρά-*
 „*φοι εἰ δὲ ἀγραφοι, id est, jurium seu legum aliae*
 „*quidem scriptae, aliae non scriptae.*“ Quae
 vero sint leges scriptae, quae non scriptae, hac
 significatione acceptae, docet *Justinianus*
Imp. (e) cujus effatum an fide historica nita-
 tur, litem nostram non facimus (*f*), cum fig-
 nificationem saltem, propter quam excitavimus
 illud, egregie demonstret. Ita enim ille: „*Et*
 „*non ineleganter in duas species jus civile distri-*
 „*butum esse videtur. Nam origo ejus ab institu-*
 „*tis duarum civitatum, Athenarum scilicet et*
 „*Lacedaemoniorum, fluxisse videtur. In his*
 „*enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lace-*
 „*daemonii quidem magis ea, qua pro legibus ob-*
 „*servarent, memoriae mandarent: Athenienses ve-*
 „*ro ea, quae in legibus scripta comprehendis-*
 „*sent, custodirent.*“ Hac significatione praemis-
 sa enumerat *Justinianus (g)* eas partes
 juris civilis, quae *jus scriptum* efficiunt, scilicet
 „*Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Principum*
 „*placita, Magistratum edicta, responsa pruden-*
 „*tum.*“ Quae vero ad *jus non scriptum* perti-
 neant, ille non indicat, sed tantum subiicit haec
 (*h*): „*Ex non scripto jus venit, quod usus com-*
 „*probavit.*“ Separamus itaque a partibus juris
 civilis §. 26. expositis eas, quae nominatenus
 ad *jus scriptum* referuntur, quo facto, quae su-
 persunt, ad *jus non scriptum* referenda erunt:
res judicatae, mores, aequitas. Legis vero actio-
nes commode ad *jus XII. tabularum*, atque ad
jus civile, quod ex responsis prudentum ortum
 est, referri posse videntur, cum, teste *Pom-*

ponio (i), „ex iisdem legis actiones composita^{ae} sint.“

(c) in §. 3. *I. de jur. nat. gent. et civ.*

(d) in *L. 6. D. just. et jur.*

(e) §. 10. *Inst. eod.*

(f) Conf. quae in eam rem, excussis auctorum adversariorum, *Hotomanni* praecipue, *Bachovii* et *Vinnii*, qui inscitiam *Triboniani* rident, argumentis, proposuit *Otto* in *Praef. ad Tom. III. Thes. Jur. Rom.* pag. 6. seqq. et in *Comment. ad Inst. ad d. §. 10.*

(g) §. 3. *I. eod.*

(h) §. 9. *I. eod.*

(i) in *L. 2. §. 6. D. de orig. jur.*

§. 29.

Altera significatio juris scripti et non scripti redit ad diversam utriusque originem; cum jus scriptum dicitur id, quod suffragio legislatoris, non scriptum, quod tacita ejusdem voluntate receptum est. Differentiam ita declarat *Julianus* (k): „Cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt; merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragio populus suam voluntatem declaret, an rebus ipsis et factis?“

(k) *L. 32. D. de Leg.*

§. 30.

Patet ex his I) in priori significatione, nullo respectu habito ad diversitatem originis, unicum distinctionis fundamentum in eo poni, quod leges scriptae leges in scripturam redactas, non scriptae vero in scripturam non redactas sed memoriae tantum mandatas innuant; in posteriori

vero differentiam, habito respectu ad diversitatem originis, eam esse, quod leges scriptae expressa, non scriptae tacita legislatoris voluntate nitantur. II) Quodsi vero jam comparemus utramque significationem, haec inferri posse videntur. 1) Jus, quod scriptum dicitur ratione scripturae, potest esse vel scriptum vel non scriptum ratione originis. 2) Jus, quod est non scriptum ratione scripturae, potest esse vel scriptum vel non scriptum ratione originis. Ideo quoque 3) existere possunt partes juris scripti ratione scripturae, quae sunt partes juris non scripti ratione originis, nec non 4) partes juris non scripti ratione scripturae, quae sunt partes juris scripti ratione originis.

§. 31.

Haec ita praemisimus, ut ne in logomachias incidamus propter diversas juris scripti et non scripti significationes. Ita vero, separatis notionibus, quae eadem videri poterant, fermo nobis amplius non erit de significatione priori, sed tantum de posteriori, secundum quam jus scriptum est illud, quod expressa, non scriptum vero, quod tacita summi Imperantis voluntate nititur. Hoc vero diversis nominibus in Legibus Romanorum venit. Vocatur enim *jus tacita populi voluntate receptum* (l), *jus consensu receptum* (m), *jus, quod rebus et factis populi acceptum est* (n), *tacita civium conventio* (o), *jus moribus et consuetudine inductum* (p), *consuetudo* (q), *consuetudo inveterata* (r), *diuturna* (s), *per annos plurimos observata* (t) *antiquitus probata et servata tenaciter* (u), *usus longaevus* (x), *jus, quod voluntate omnium sine*

lege vetustas comprobavit (y), jus, quod usus comprobavit (z), diuturni mores consensu utentium adprobati (a), tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus (b).

(l) *Cicer. de Invent. II. 22.*

(m) *pr. I. de acquis. per. arrog.*

(n) *L. 32. D. de Leg.*

(o) *L. 35. D. eod.*

(p) *L. 32. D. eod.*

(q) *L. 2. §. 3. D. de orig. jur.*

(r) *L. 32. D. de Leg.*

(s) *L. 33. D. eod.*

(t) *L. 35. D. eod.*

(u) *L. 3. C. quae sit long. cons.*

(x) *L. 2. C. eod.*

(y) *Cic. de Inv. II. 52.*

(z) *§. 9. I. de I. N. G. et C.*

(a) *Ibid.*

(b) *tit. I. ex corp. Ulp. ap. Schulting in Jurispr. Antejust. p. 563.*

§. 32.

Habemus juris scripti et non scripti differentiam: sed quaenam partes juris civilis ad jus scriptum, quae ad jus non scriptum referri debeant, altioris indaginis quaestio est. Res ita componi commode posse videtur, ut singularum partium juris civilis, quae §. 26. enumeratas sistit, indagemus originem atque unde vim legis illae nactae sint, quo facto, si sciamus, quae expressa legislatoris voluntate constitutae sint, reliquae partes juris non scripti erunt. Jam vero I) Leges una cum Plebiscitis, Senatusconsulta inde ab eo tempore, quo vim legum civilium

nacla sunt, atque Constitutiones Principum sunt partes juris civilis scripti, quae expressa voluntate legislatoris nituntur. II) Superfunt itaque partes juris non scripti hae. 1) Ex his, quae cum in scripturam redactae sint, jus scriptum ex priori significatione efficiunt: Edicta magistratum, Responso Jurisconsultorum, Senatusconsulta sub libera republica; 2) omnes reliquae partes juris non scripti, quae a) vel jure gentium retinentur, b) vel more majorum, quo pertinent res judicatae, atque mores in genere. Sed jam singulas partes separatim considerabimus.

§. 33.

Primum quidem jus honorarium, quod ex *edictis Praetorum* manavit, partem juris non scripti rebus et factis populi accepti atque diuturnis moribus consensu utentium adprobati constituere, validissimis argumentis evincitur (c). Quodsi enim Praetores, tanquam magistratus juris dicendi causa constituti, sua auctoritate jus sancire non potuerunt, eorumque tamen edicta partem juris civilis efficiant, haec ipsa fane eam auctoritatem ex nova causa accepisse fatendum est. Neque vero conjecturis tantum, quod scilicet non sit credibile, passurum id tam patienter romanum populum, strenuum ceteroquin juris legum ferendarum vindicem, sed potius clarissimis testimoniis veritas rei nititur. Primum in partes vocabimus *Ciceronem*, qui in libro *de Inventione* (d) ita: „*Consuetudinis jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo*

„maxima pars, quae Praetores edicere consue-
 „verunt“ ex quibus simul perspicitur ratio, un-
 de illud evenerit, quod, eodem *Cicerone* de
 suo tempore testimonium ferente (e), „juris-
 „prudentia ex edicto Praetoris, uti a superioribus ex
 „XII. tabulis hausta fuerit“ quodque edicta Prae-
 torum translatitia, quaeque diuturni temporis usu
 comprobata erant, magistratui ex edicto suo tollere
 integrum non esset (f). Neque defunt inventa
 juris praetorii, quae nominatim *moribus* induc-
 ta esse dicuntur. Ita v. g. *Paulus* (g): „in-
 „juriarum actio aut lege, aut more, aut mixto
 „jure introducta est. Lege 12. tabul. de famo-
 „sis carminibus membris ruptis et ossibus fractis.
 „Moribus, quoties factum pro qualitate sui ar-
 „bitrio judicis aestimatum congruentis poenae sup-
 „plicio vindicatur. Mixto jure injuriarum actio
 „ex lege Cornelia constituitur.“ Eam vero actio-
 nem, quae *moribus* introducta dicitur, esse actio-
 nem injuriarum praetoriam, notum est.

(c) Conferri huc quoque debent, quae plenius ex-
 posita sunt a viris doctis, qui Praetoris ac juris ho-
 norarii vindicias egerunt, *Richey* in *pecul. Dissert.*
Bach in *Hist. Jur. L. II. c. 2. § 9 — 15.* *Rit-*
ter ad *Heinecc. Hist. Jur. §. 68 — 71.*

(d) II. 22.

(e) de *Leg. I. 4.*

(f) *Cicer. Orat. I. in Verr. 45.* „In re tam
 „usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse,
 „et hoc vetus edictum translatitiumque.“ Conf. *Abr.*
Wieling de *edict. translat. p. tot.*

(g) *Sent. recept. V. 4. n. 6. 7. 8. ap. Schul-*
ting Jurispr. Antejust. p. 440.

§. 34.

Eodem jure haberi debent *Senatusconsulta* sub
libera republica, quae cum sua auctoritate par-

tem juris civilis non constituerent, nonnisi ex usu atque tacita populi adprobatione acquirere illam potuerunt (*h*). Omittimus argumenta, quae per inductionem ex indole et auctoritate Senatusconsultorum peti possunt; unicum tantum excitamus testimonium, quo id, quod Senatusconsulto constitutum fuerat, expresse moribus deberi dicitur. Memorat *Tacitus* (*i*) Senatusconsultum vetus, quo cautum, ne de servis in dominum quaestio haberetur, cujus ipsius juris vim *Cicero* (*k*) ex solis moribus, non ex Senatusconsulti auctoritate, derivat.

(*h*) Nota sunt, quae contra communem opinionem eorum, qui negant, Senatui tempore liberae reip. competiisse jus condendi leges, proposuit *Bach* in *Hist. Jur. L. II. c. 2. §. 1. 2. 3.* cujus argumentis satisfecit *Seger* in *Observ. jur. civ. et R. C. Henne* in *Diff. de Sctorum vi et auctoritate.*

(*i*) *Annal. II. 30.*

(*k*) in *Orat. pro Milon c. 22.*

§. 35.

Alium fontem eumque propter nimiam legum scriptarum brevitatem fere inexhaustum constituit illud jus, quod *κατ' ἐξοχὴν* dicitur *jus civile* (*l*), scilicet id, quod ex auctoritate prudentum constitutum est. Haec ipsa Jurisconsultorum inventa, responsa, opiniones, quamvis magnam auctoritatem in judiciis privatis haberent (*m*), pro jure tamen (quod privatis hominibus datum non est) non valuerunt, sed inde solum vim juris nacta sunt, quod usu diuturno et quasi consensione tacita populi pro jure recepta ac comprobata fuerunt. Demonstrant id vel solae denominationes, quibus jus ex auctoritate prudentum ortum passim insigniri solet. Dicitur enim

jus consensu receptum (n), *jus receptum*, *receptae sententiae* (o). Inde plurima juris civilis capita moribus introducta esse dicuntur, quae originem ex interpretatione atque inventis prudentum ceperunt. Ex hac itaque causa descendit, quando Icti juris auctores, conditores juris (p) laudantur, *Theophilus* (q) vero eorum auctoritates τὴν τῶν σφῶν νομοθεσίαν vocat.

(l) L. 2. §. 5. D. de orig. jur. „His legibus latitis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputatione fori.“ (Peturbata est codicis Florentini lectio, atque haud dubie legendum ita: „ut desideraret prudentium auctoritatem, necessariamque esset disputatio fori“ five, „ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem, necessariamque disputationem fori“ quod ex duobus Mscis substituit *Bynckershoek* in *Praeterm.* ad L. 2. D. de orig. jur.) „Hanc disputationem et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut caeterae partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus caeteris partibus: sed communi nomine appellatur jus civile.“ In L. 2. §. 12. D. eod. dicitur „proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.“

(m) *Cicer.* Topic. c. 17.

(n) pr. l. de acquis. per arrog.

(o) *Festus* in v. *receptus mos*. L. 115. §. 2. D. de verb. oblig. L. 41. D. de reb. cred.

(p) *Cuiac.* Observ. VII. 25, *Brisson.* de V. S. f. v. *Juris auctores*.

(q) ad pr. l. de offic. jud.

§. 36.

Pergimus ad *res judicatas*, quae et ipsae a *Cicerone* inter partes juris civilis relatae sunt (r). Eadem certe, quae jurisperitorum interpretationi data est auctoritas, atque propter ean-

dem fere rationem politicam, judicum quoque sententiis concessa est, qui et ipsi legum interpretes dicuntur (s). Factum inde est, ut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, accedente longaevo usu et tacita legislatoris voluntate, eodem modo, ac Jurisconsultorum auctoritates, ad jus non scriptum relatum fuerit, id quod, praeter auctoritatem *Ciceronis*, ex aliis juris civilis capitibus doceri facile potest. Allegat *Callistratus* (t) Imp. Severi rescriptum, quo „in ambiguitatibus, quae ex legibus profisciscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere“ jubet. Conspirat quoque rescriptum *Alexandri* Imp. (u) qui ita: „Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens, et ratio, quae consuetudinem suavit, custodienda est. Et ne quid contra longam consuetudinem fiat: ad sollicitudinem suam revocabit Praeses provinciae.“ cui applicamus speciem, quae in alio ejusdem Imperatoris ejusdem argumenti et anni rescripto (x) continetur, his verbis: „An in totum ex ruina domus licuerit non eandem faciem in civitate restituere, sed in hortum convertere, et an hoc consensu tunc magistratum non prohibentium, item vicinorum factum sit: Praeses probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet.“ Datum id itaque est rebus perpetuo similiter judicatis ipsa legum civilium sanctione, ut juris non scripti auctoritatem haberent, ex quo ipso simul patet, neque unicam tantum judicum sen-

tentiam, neque res simili de causa dissimiliter judicatas, eam vim habuisse (y). Neque tamen id impediēbat, quo minus, posteaquam in judiciis caput juris controversi disputatum ex aequo et bono fuisset, id tandem convalesceret, quod diuturno tempore eodem modo a iudicibus iudicatum esset, et tacita quasi populi consensione receptum, quo referenda omnino sunt varia juris civilis capita, quae post magnas varietates obtinuisse passim dicuntur (z). Id vero jus, quod ex rebus iudicatis, inprimis Centumvirorum, ortum est, idem illud esse, quod nomine *Disputationis fori* venire solet (a), ac distingui ideo debere a prudentum auctoritate (b), a viris doctis observatum est.

(r) *Top. V.*

(s) *Cicer. p. Cluent. c. 53.*

(t) *L. 38. D. de Leg.*

(u) *L. 1. C. quae sit long. consuet.*

(x) *L. 3. C. de aedif. priv.*

(y) Id vero saepius factum esse, docet *Auct. Rhetor. ad Herenn. II. 13.*

(z) Ita querela inofficiosi testamenti disputatione fori constituisse enarratur a *Valer. Max. VII. 7. Conf.* quoque *L. ult. D. pro legat. L. 32. D. de Obl. et Act. L. 55. §. 1. D. de legat. II.*

(a) Alia sententia est *Raevardi de auctor. prud. c. 14.* eorumque, qui ejus auctoritatem sequuntur, qui disputationem fori in eo constituisse arbitrantur, quod Icti capitis alicujus controversi definiendi causa convenerint atque communi suffragio controversiam composuerint; quam pluribus argumentis profligarunt *Bach in Hist. jur. L. II. c. 2. Sect. 5.* et *Herm. Cannegieter in Observ. Jur. rom. L. III. c. 2.* quod et ipsum jam vidit *Desid. Heraldus de ver.*

judic. auct. L. II. c. 1. in Otton. Thes. jur. civ. T. II. p. 1151.

(b) Distinguit certe disputationem fori a prudentum auctoritate *Pomponius* in *L. 2. §. 5. D. de orig. jur.* nec non res judicatas a jurisperitorum auctoritate *Cicer. Top. V.*

§. 37.

Atque his ego partibus jus civile Romanorum non scriptum consistere existimo, edictis magistratum, juris peritorum auctoritate, rebus judicatis, atque sub libera republica Senatusconsultis quoque. Sed tamen superesse dices *mores*, quos itidem *Cicero* (c) in partibus juris civilis ponit, quique, cum scripti non sint, ad jus non scriptum referri omnino debere videntur. Equidem illos hoc loco, quem suo quodam jure occupant, non moveo; neque tamen et hoc impetrare a me possum, ut, ubicunque juris moribus introducti mentio fit, modo diverso ab iis, qui haec adducti sunt, effectum id fuisse putem. Vidimus supra, saepe illud ipsum jus, quod ex edictis Praetorum, ex Senatusconsultis prudentumque auctoritate tacita populi voluntate receptum est, moribus introductum dici: quod certe dici non debebat, si sub moribus aliud quidquam ac ab istis diversum intelligendum foret. Scimus itaque quandoque adjuvantibus aliorum testimoniis, quod idem illud jus, quod moribus introductum dicitur, ipsum illud sit, quod aut juri praetorio, aut Senatusconsultis, aut jurisperitorum auctoritati, aut disputationibus fori, debetur. Sed saepius datum non est, id scire, neque tamen id impedit conjecturam maxime probabilem, uni alterive ex illis id

deberi, quanquam non scimus cui (d)? Eodem modo sub voce juris more majorum introducti intelliguntur *leges veteres olim scriptae*, quae non nisi usu fervantur adeoque propter vetustatem, cum origo earum et auctoritas ignoretur, ad jus non scriptum relatae sunt (e). Ex quibus omnibus inferri posse videtur, quod mores majorum speciem peculiarem juris non scripti non constituent, sed potius is significatus omnes romanorum consuetudines, quae tacito populi consensu sine lege custodiebantur, five ab initio scriptae leges five non scriptae fuerint, complectatur (f). Neque sententiam mutat id, quod *Cicero* allegato loco mores tanquam diversam a reliquis juris speciem laudet, quem ita intelligo. Enumerat ille partes juris civilis, ac 1) primum quidem Leges scriptas; deinde 2) partes juris non scripti, quo referuntur a) eae, quae speciale nomen habent, veluti Senatusconsulta, res judicatae, jurisperitorum auctoritas, edicta magistratuum; denique b) nominat eam partem juris non scripti, quod speciale nomen non gerit, sed complectitur omnes reliquas leges, quae, cum in scripturam redactae non sint, usu longaevo fervantur, cujuscunque demum generis sint.

(c) *Topic. V.*

(d) Ideo arctioribus justo limitibus juris, quod ex moribus venit, ambitum circumscribi video a viris doctis, *Fornerio rer. quotid. V. 3. Raevard. d. auctor. prud. c. 14. 16. Schubarth. de fat. Jurispr. rom. II. 54. et Merrill. Obs. I. 38.* qui omnem morem majorum per jus ex Ictorum responsis et interpretatione ortum explicant.

(e) Movit frequens hujus significationis usus *Mar-
cilium*, ut in *Comm. ad 12. tab. c. 30.* mores ma-
jorum pro Lege 12. tabularum; atque *Noodtium*,
ut in *Comm. ad Pand.* pro legibus veteribus genera-
tim acciperet.

(f) Innuit generalem hanc significationem, secun-
dum quam omnes istae Leges, quae sine scriptura
observantur sub voce moris majorum, distinguuntur
a Legibus scriptis, *Cicero de Leg. II. 24.* ubi:
„*haec habemus in XII. reliqua sunt in more.*“ Haec
omnia si quis consideret, non mirabitur frequentissi-
mam apud Scriptores Romanos mentionem morum
majorum fieri, cum tam multa capita juris romani
ex moribus majorum originem ceperint. Exempla
juris, quod moribus obtinuit, tam quoad sacra et
publicum civitatis statum magistratuumque potestates,
quam quoad privatorum jura, larga manu dedit *Jo.
Gotfr. Richter* in *Diss. de moribus majorum tan-
quam antiquissimo romani juris fonte.*

§. 38.

Haec omnia si attentius consideremus, facile
de genesi juris non scripti, quod tacita legislato-
rum voluntate apud Romanos introductum est,
judicare licebit. Videbimus ipsam consuetudinem
ab origine sua nascentem; videbimus, quomodo
juris auctoritatem nanciscatur, modo de eo trans-
actum inter nos fuerit, quod genesis istius juris
ipsis Romanorum legibus ipsisque rerum gestarum
argumentis, non vero ex perversis plerorumque
opinionibus, dijudicari debeat. Rem ita conci-
pio. Proposuerunt Magistratus, Jurisconsulti,
judices, normas ad decidendas civium controver-
sas sua natura quidem idoneas, sed tamen non
efficaces, propterea quod omnibus istis hominibus
legum ferendarum potestas data non erat. Pen-
debat itaque omnis ejusmodi normarum efficacia
a consensu summi in republica imperantis, cui

leges ferendi jus erat. Iste consensus expresse declaratus legem scriptam; tacite vero sive rebus et factis declaratus legem non scriptam seu consuetudinem faciebat. Pertinent huc omnes istae leges, quae a populo sine ullo scripto, tacita civium conventionem, voluntate, consensu approbatae, frequenter dicuntur. Unde vero atque ex quibus rebus factisve colligendus fuerit iste tacitus eorum, quibus apud Romanos jus erat leges ferendi, consensus, quaeritur. Respondebimus, facta prius inter consuetudinem, qua constituitur, eamque, qua tollitur mutaturve jus constitutum, distinctione.

§. 39.

Quod primum ad illam consuetudinem, quam *inductivam* adpellare solent, attinet; adparet ex his, quae haecenus adducta sunt, consensum legislatoris tacitum in eo quaeri debere, quod usui longaevo ejusmodi normae non contradixerit. Neque itaque sufficit, non contradixisse, sed requiritur simul, ut illud ipsum jus usu longaevo probatum ac servatum tenaciter fuerit, ejusdemque observationi toto illo tempore is, cujus voluntate constituitur lex civilis, non contradixerit. Haecenus bene omnia. Ita plerique ac fere omnes sententiam suam de origine juris consuetudinarii exponunt. Sed nec hac observatione rem expeditam esse, puto: neque enim satis est nominasse usum longaevum, dum non constet, qualis esse debeat ille usus, cui cum non contradicitur, fit consuetudo. In eo enim cardo rei vertitur. Periculum faciam explicandi nodi: quo successu, judicet aequus lector. Undecunque regula ista originem trahat, quae accedente usu

juris auctoritatem nancisci debet, ejus certe usum aliter concipere animo non possumus, quam quod observent illam vel cives ex arbitrio sive ex consensu pactitio, vel ii, qui in republica controversias civium sententiis suis dirimunt. Illum regulae usum *arbitrarium*, hunc *judicialem* appellabimus.

§. 40.

Si quidem *ex arbitrio* utuntur cives ista regula, aut illicite illi agunt, aut licite. Si illicite agunt, agunt contra legem, adeoque, cum observant regulam legi contrariam, quaestio eo redit, an observatione ista lex abrogari possit, de quo dicendi locus infra erit. Quodsi vero licite agunt, dum observant istam regulam, quaestio hujus loci est, an usu regulae jus consuetudinis introduci legitime possit? Equidem argumentis gravissimis commoveor, ut negem. Cum cives licite observant istam regulam, actibus istis inest jus efficaciae, neque tamen inde usus istius regulae efficit legem, quae caeteros quoque cives obliget, id quod jam Cap. I. §. 5. demonstravimus. Neque enim mens horum hominum, qui nonnisi de suis rebus ita componendis solliciti sunt, ea est, ut alios quoque hac observatione obligatos velint; neque id, quod legislator hisce actibus non contradicit, amplius quidquam efficere potest, quam consensus expresse datus. Jam vero absurdum videtur contendere, summum imperantem consentiendo istis actibus nonnisi efficaciam eorum declarare; non contradicendo vero velle, ut regulam generalem illi facere debeant. Quodsi denique rem omnem metiamur ex statu reipublicae romanae democratico, ad quem

referri debent pleraeque illae leges romanae, quae ad introducendam consuetudinem tacitum *populi*, tanquam legislatoris, consensum efflagitant, ad introducendam consuetudinem aut requireretur, ut omnes cives istam regulam observassent, aut certi tantum. Illud ridiculum est, nec aliud quidquam probaret, nisi id, quod absque intentione legem ferendi omnes ex arbitrio ita egerint. Quodsi vero dicas, id observatione plurium effici, tum idem recurrit, quod horum intentio non sit legem constituendi. Imo vero si hac mente illi agerent, ratio, cur caeteri ea lege obligarentur, posita foret in eo, quod actibus hisce non contradixerint. Atqui vero nec interest illorum, nec jure illi contradicere possunt actibus reliquorum civium civiliter validis; ideoque perspicui non potest ratio, unde ex eo, quod non contradicant hi, quibus ne quidem jus est contradicendi, actibus aliorum ex mero arbitrio atque sine intentione, regulam generalem inducendi susceptis, consensus legislatoris tacitus ad constituendam novam legem civilem idoneus colligi possit. Quodsi vero Legibus Romanorum eam auctoritatem ejusmodi actibus contra naturam eorum datam fuisse dicas, tuarum partium est, sententiam, quam proponis, probare; quod si feceris, ut errorem nostrum revocemus, jure tuo postulabis. Equidem ingenue fateor, me ne unicam quidem Romanorum legem nosse, unde ea sententia aliquam veri speciem acquirere possit.

§. 41.

Restat itaque altera species usus, qui consistit in *judiciali* normae alicujus observatione. Quodsi rem ita concipias, clara ac perspicua om-

nia erunt. Proponunt magistratus, Jurisconsulti, judices novam in civitate normam, qui sua auctoritate legem facere non possunt. Jam vero illa ipsa norma utuntur judices in decidendis civium controversiis, adeoque eodem jure habetur ab illis norma, quae a non-legislatore proficitur, cum ea, quae ab ipso legislatore proposita est. Contradicere poterat legislator observationi istius regulae, quae composita est ab eo, cui jus legum ferendarum non est. Is vero non contradicit usui hujus normae judiciali; ergo vult eam tanquam legem observari? Neutiquam. Is longaevo usui atque rebus perpetuo similiter judicatis non contradicit, ergo constat de ejus voluntate, isti regulae longaevo usu judiciali tenaciter servatae vim legis civilis, a qua iudici recedere amplius integrum non esset, tribuendi? Ita sentio. Neque enim tantum provocant Leges, cum de vi consuetudinis loquuntur, ad id, quod in eodem controversiarum genere frequenter servatum est (g), sed et in iis casibus, „ubi de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum esse jubent, an etiam contradicto (contradicta) ali- quando iudicio firmata sit.“ (h).

(g) L. 1. C. quae sit long. consuet. L. 3. C. de aedif. riv.

(h) L. 34. D. de Leg.

§. 42.

Proposuimus sententiam, quae, si argumenta, quae pro illa faciunt, omnia simul ponderentur, difficultatem certe, quae ex nimia legum romanarum, quae de eo argumento tractant, brevitate oritur, facilius superat, quam incondi-

tae illae, quae vulgo proponuntur, de actuum diuturnitate, uniformitate etc. et accedente summi Imperantis tacito consensu, unde consuetudo auctoritatem suam trahere dicunt, opinioniones. Scimus argumenta, quibus probare volunt, non requiri actus judiciales. Aiunt, populum aequae consentire tacite posse actibus extrajudicialibus ac judicialibus, neque differentiam ex ipsis Legibus demonstrari posse. Sed enimvero quod ad prius attinet, de eo quaestio non est, an populus consentire possit, sed an ex consensu voluntas legem ferendi colligi possit; quod ad posterius, si Leges ignorant consuetudinem, quae ex rebus iudicatis originem non trahit, quomodo fieri poterat, ut unam ab altera distinguerent? Quodsi datum nobis esset, ex speciebus in facto propositis, quibus dijudicandis adhibitae sunt illae de jure consuetudinario regulae generales, quae in corpore juris romani supersunt, rem omnem considerare, distinctius de his omnibus judicare licuisset. Quod vero cum ita non sit, (neque enim eximio illo remedio, quod in comparandis fragmentis Jurisconsultorum adhibetur, quidquam efficitur) meminerint aequi lectores, evidentiae, quae haberi non potest, locum occupare summam probabilitatem, quam si conciliaverim sententiae modo propositae, errorem probabilem, dum meliora dabuntur, lubenter erro. Supersunt tamen quaedam, quae dubitationem movere poterant. Primum hoc est. Dicit aliquis, ex eo, quod Princeps non contradixerit longaevo usui alicujus juris in decidendis civium controversiis adhibiti, Principis praesumptum ac probabilem, non vero tacitum ac certum elici posse consensum, adeoque sententiam modo propositam con-

ciliari neutiquam posse cum iis, quae in capite priori dicta sunt. Conciliari vero potest, dummodo scias, alium esse consensum tacitum secundum principia juris naturalis, alium secundum Romanorum doctrinam. Ille enim certitudine historica nititur: hic vero ex probabilitatibus quoque, quae ad certitudinem proxime accedunt, colligitur. Dicunt Leges, consuetudinem oriri ex tacita civium conventionem; tacita scilicet, quae ex rebus et factis colligitur, ex principiis juris romani. Taciti hujusmodi consensus habes in ipsis legibus romanis exempla, quae secundum principia juris naturalis nonnisi consensum praesumptum vel probabilem saltem inferre, facile patet (i). Aliam dubitationem movet *tempus*, quo absoluto vim legis nanciscitur consuetudo. Id ipsum vero Leges non exprimunt, sed tantum usum longaevum, diu ac tenaciter servatum requirunt. Quantum itaque temporis? Non liquet. Itane vero ex arbitrio judicis haec omnia pendebant? Neque vero id magis liquet. Unum alterumve poterat esse. Neutrum scimus, ergo nec alterutrum pro certo affirmamus. Quodsi vero ad normam *praescriptionis* exigendam rem putes, conjungis ea, quae toto coelo inter se differunt.

(i) Cf. L. 2. § 1. L. 3. D. de pact. Noodt ad Edict. Praet. de pact. et transact. c. 2.

§. 43.

Devenimus denique ad alteram consuetudinis speciem, qua *abrogantur* leges constitutae, in quo argumento exponendo prima causa est ejus quaestionis, an fieri id jure possit: quod si negari debeat, supersedere possumus alteri definitioni, quomodo fieri id debeat. Leges jam latae

an per desuetudinem abrogari possint, difficiles controversias agunt interpretes, quae necdum compositae sunt. Neque vero id nobis sumimus, tantas componere lites. Quid verum nobis videatur, dicimus: judicent alii. Factum id esse in republica romana, abrogatas esse per desuetudinem atque per facta civium legi contraria iudicumque sententias, leges, non tantum plurimorum juris civilis capitum historia (*k*), sed et ipsae Leges romanae docent. Ita enim *Julianus* (*l*): „*Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*“ Affirmamus itaque quaestionem propositam ex mente *Juliani*, quem ad statum reipublicae romanae democraticum respicere docet ipsius fragmenti contextus. Quae vero ex mente *Juliani* affirmamus, negamus ex mente Imperatorum, quorum constitutiones in Codicem Justinianum relatae sunt. Ferebat id immutatus rerum Romanarum status, ut multa amplius non obtinerent sub regimine Monarchico, quae olim in republica libera obtinuerunt. Neque sane ratione destituitur haec mutatio. Quodsi enim in praesumpta Imperantis voluntate posita est consuetudinis auctoritas, huic sane praesumptioni multum detrahitur, si ipse summus Imperans voluntatem contrariam antea declaraverat. Monemus haec, ut ne quis improbabilem putet eam mutationem jure novo inductam. Jam vero adducimus sententiae nostrae argumenta. Primum est ex *Plinio* (*m*), unde istud jus jam Traiani aetate obtinuisse, non levis conjectura peti potest. Haeserat *Plinius* in eo, an eiici deberent cives contra Legem Pom-

peiam, quae exoleverat, in civitatem adsciti? cui respondit *Trajanus*: „*Et legis auctoritas, et longa consuetudo usurpata contra legem, in diversum movere te potuit. Mihi hoc temperamentum ejus placuit, ut ex praeterito nihil novaremus, sed manerent, quamvis contra legem adsciti quarumcunque civitatum cives, in futurum autem Lex Pompeia observaretur: cuius vim si retro velimus custodire, multa necesse est perturbari.*“ Vides Imp. non rescindere velle ex rationibus politicis, quae de jure rescindi poterant, quia consuetudo contra legem usurpata erat. Sed aperte eam mentem declarat *Constantinus* Imp. (n) his verbis: „*Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*“ Hujus constitutionis mentem uberius expositam hanc putamus: *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est*, admittimus non tantum usum normae alicujus in his casibus, ubi lege nihil constitutum est, sed et, cum diuturno usu in decidendis civium controversiis servata est, patimur ex eo praesumere licere voluntatem nostram non contrariam, eo effectu, ut legis auctoritatem nanciscatur ista regula usu longaevo servata: sed si legi aut rationi, quae suasit istam legem propter utilitatem publicam, detrahatur per antecedentem Imperantis voluntatem huic consuetudini contrariam, istam praesumptionem, quam in consuetudine praeter legem introducenda admisimus, negamus obtinere, ideoque volumus, *consuetudinem non usque adeo sui valituram momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Quodsi hoc *Constantini* rescriptum cum *Juliani* Icti

sententia componere, neque hanc jure noviori mutata esse contendere velis, hariolationibus atque fictionibus res tua agitur, nec unquam ea, quae tam aperte contraria sibi sunt, ita conciliabis, ut ne desiderari quid posse aut repugnare videatur (o). Imo vero, quoad eam consuetudinem legi contrariam, quae ex judicum sententiis legi contrariis efformatur, accedit pro sententia modo dicta aliud argumentum ex constitutione *Justiniani* Imp. (p) qua vetat iudices sequi sententias antecessorum contra leges prolatas: „Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum sit) neque si cognitionales sint amplissimae Praefecturae, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus.“

(k) Exempla habes apud *Averan. Interpret. jur. L. II. c. 1.*

(l) in *L. 32. D. de Leg.*

(m) *Epist. L. X. Ep. 155. 156.*

(n) in *L. 2. C. quae sit long. consuet.*

(o) Frequens interpretum Senatus ad hanc legem est. Alii secundum literam cum d. *Lege 32. D. de Leg.* conciliari eam posse arbitrantur, inter quos *Cujacius Lib. II. Quaest. Papin. ad L. 1. D. de usur.* nec non in *Paratit. in tit. C. d. quae sit long. cons.* *Gregor. Lopez Madera in animadv. jur.*

civ. c. 5. n. 6. praecipue vero mentem Cujacii clarius exponit *Averan. c. l.* Alii species fingunt, ac de consuetudine iniqua, vel injusta vel superstitiosa loqui Imp. putant, veluti *Balduin. de Leg. Const. M. L. II. Noodt in Comm. ad D. tit. de Constit. Princ.* et *Fr. Car. Conradi in Diff. de consuetudine legem haud vincente.*

(p) *L. 13. C. de Sentent.*

§. 46.

Ex his, quae hactenus exposita sunt, judicare quoque licebit de natura ac indole consuetudinis, quam *interpretativam* vocant. Scilicet non constituitur tantum norma per consuetudinem, sed et „optima legum interpretatur „consuetudo“ eo effectu, „ut si de interpretatione legis quaeratur: inprimis inspiciendum sit, „quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa „fuisse“ (q) cum quo congruit rescriptum *Severi Imp. (r):* „in ambiguitatibus, quae ex „legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum „perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim „legis obtinere debere.“ Equidem et hic vim consuetudinis in interpretandis legibus in rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritate positam esse existimo, iisdem argumentis ductus, quae supra de consuetudine inductiva exposita sunt. Neque nos morari debet id, quod in excitato rescripto *Severi* consuetudo et rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas separatim nominentur, cum, quae in eo adhibita est particula *aut*, conjunctiva aequae ac separativa esse possit.

(q) *Paulus in L. 37. D. de Leg.*

(r) *in L. 38. eod.*

§. 45.

Subiungimus tractationi de jure, quod moribus constituitur, duplex Romanorum institutum, analogum fere, quod et ipsum quandoquo consuetudinis nomine venit, neque tamen eodem loco cum consuetudine, quae legem novam constituit, haberi debet. Mentionem ejus facimus, ut ne confundantur ea, quae confundi non debent. Scilicet I) saepius factum esse animadvertimus, ut, quod ex arbitrio primum susceptum, deinde vero saepius eodem modo repetitum ac observatum est, expressa lege in necessitatem observationis abierit. Exemplum exhibet *Ulpianus Lib. I. de. offic. Procons.* (s) ex quo libro sumpta quoque est regula generalis ab eo proposita (t), „quod diuturna consuetudo pro jure, et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari soleat.“ Species vero haec est: „Ingressum (Procons.) etiam hoc eum observare oportet, ut per eam partem provinciam ingre- diatur, per quam ingredi moris est. Et quas Graecia ἐπιδημίας appellat, sive κατάπλου observare, in quam primum civitatem veniat vel applicet. Magni enim facient provinciales servari sibi consuetudinem istam et hujusmodi praerogativas.“ Deinde II) alia consuetudinis seu moris causa haec est, quando ex eo, quod plerumque frequentari solet, desumitur regula interpretandi stipulationem vel contractum obscuritate laborantem. Ita enim *Ulpianus* (u): „semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos

„appareat, quia varius fuit? Ad id, quod in-
 „nimum est, redigenda summa est.“ Patet ex
 his, ejusmodi observatione non fieri legem, sed
 tantum eo casu, cum contrahentium verba indi-
 stincta vel indefinita sunt, interpretationem ejus,
 quod ipsis placuerit, desumi debere ex praesum-
 ptione legali, quod placuerit ipsis id, quod mo-
 re regionis, in qua contractum est, plerumque
 servatur. Exempla habes in usuris (x), in
 contractu emtionis venditionis (y), ut et in te-
 stamentis et ultimis voluntatibus (z).

(s) in L. 4. §. 4. D. de offic. Procons.

(t) L. 33. D. de Leg.

(u) in L. 34. D. de reg. jur. ad q. conf.
 Jac. Gothofred. in Comment. ad h. tit. Dig. p.
 183.

(x) L. 1. D. de usur.

(y) L. 6. D. de evict.

(z) L. 56. D. de leg. I. L. 57. D. de leg. III.

Efficacia Statutorum

res extra territorium sitas.

Rp. C. T. Roemer.

Tub. 1778.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

Ed. C. T. Rogers

Vol. 178

ARGUMENTUM.

I) Utimur in Germania in decidendis privatorum litibus tum *iure communi*, tum particularibus territoriorum *Statutis*, quorum *notio* evolvitur (§. 1.) et *divisio* in *personalia*, *realia* et *mixta* exhibetur. (§. 2. 3. 4. 5.)

II) Ista *Statuta* proficiuntur vel a Principe, cui *persona* subiecta est, vel ab eo, in cuius territorio *res* sita est; (§. 6.)

quod utrumque statutorum genus dum colliditur (§. 7.) quaestio dubia fit de eorum *applicatione* et praecipue *de efficacia statutorum in res extra territorium sitas*, (§. 8.)

in qua exponenda dum curatius versamur

A) removenda primum est *Dissensionum* et *errorum* causa, (§. 9.)

neque enim controversia recte deceditur

1.) ex folis *Romanorum* Legibus, (§. 10.)

2.) neque ex *commodis* vel *incommodis*, quae ex hac illave decisione possent oriri, (§. 11.)

3.) neque ex eo, quod *usu* solet servari, (§. 12.)

4.) neque omnis controversia recte componitur ex principiis *iuris gentium* et *publici universalis*. (§. 13.)

B) In constituendis *genuinis* hujus doctrinae *fundamentis*,

a) separari debet *causa summorum imperantium*, an sc. hi admittere teneantur efficaciam statutorum peregrinorum in res suae potestati subiectas, (§. 14.)

1.) quod volunt interpretes quidam,

a) evitandae inconvenientiae causa (§. 15.)

b) propter humanitatem et mutuam comitatem (§. 16.)

2.) rectius vero negatur, quatenus agitur de obligatione imperantium perfecta. (§. 17.)

¶ In causis privatorum versatur officium iudicis in inquirenda voluntate summi imperantis, utrum is admittere. an improbare maluerit statuti peregrini efficaciam (§. 18.) eiusque voluntatis dantur argumenta

1.) tum specialia, (§. 19.)

2.) tum generalia, eo casu adplicanda, si neque de dissensu neque de approbatione specialiter constet: tum vero

a) incautius argumentamur ex meris praesumptionibus ad approbationem tacitam inde efficiendam (§. 20. 21.) sed potius

b) in Germania succurrit argumentum voluntatis efficacius ex admissa in subsidium iuris peregrini, sc. Romani, auctoritate;

a) ex cuius sententia iudicare debet iudex de efficacia statutorum peregrinorum sive Germanicorum (§. 22.) sive extraneorum (§. 23.) in res protestati Principis sui subiectas,

b) id quod per potissimas species ostenditur (§. 24.) et speciatim in statutis personalibus, (§. 25.) successione ab intestato, (§. 26.) successione coniugum statutaria, (§. 27.) testamentis, arrogationibus aliisque actibus iuridicis, (§. 28.) denique in statutis mere dispositivis. (§. 29.)

§. I.

Utimur in Germania nostra, quod nemo nescit, in decidendis privatorum controversiis iure tum *communi*: patrio, romano, canonico; tum et *particulari*, in utilitatem alicuius provinciae, municipii, pagi, collegii, universitatis cuiuscunque, condito. Ita vero, quod facile intelligitur, fit, ut haud aequalis et ab eodem legislatore profecta legum norma in omnibus Germaniae regionibus et civitatibus, uti olim in Imperio romano, obtineat; sed singuli in Germania imperantes dominique territoriales, iure suo, quo ex Formula regiminis germanici gaudent, leges in utilitatem regionis suae ferendi, utantur, quae non tantum saepius ab aliis eiusmodi legibus particularibus, in alia civitate obtinentibus, sed et ab ipso iure communi, in subsidium saltem, ubi iure particulari aliud constitutum non est, recepto deflectunt. In hac ipsa legum tum in tota Germania, tum in singulis eius provinciis et civitatibus obtinentium varietate usu obtinuit, ut, quidquid singuli domini territoriales in utilitatem regionis suae statuerent, quod a regulis iuris communis in Germania obtinentis quocunque modo deflecteret abrogando, derogando, subrogando, obrogando-ve, siue immediate ab ipso summo imperante, siue a magistratibus inferioribus ex istius auctoritate id proficisceretur, siue expressa voluntate id sancitum, siue moribus utentium ac consuetudine inductum fuerit, siue in usum omnium subditorum id introductum sit, siue certum tantum hominum genus tangat, siue domi natum sit siue ab exteris receptum, *Statuti* appellatione veniret. Imo

vero exinde, quod Ius romanum et canonicum olim non in Germania saltem, sed et in plerisque Europae provinciis et apud gentes moratiores fere omnes tanquam ius commune et universale servaretur, factum est, ut leges qualescunque gentium Europaearum, Anglorum, Gallorum, Batavorum aliorumque, quae ad ius illud commune referri non possent, eodem nomine a jure communi distinguerentur. Quin et propter nativam vocis significationem, quandoquidem statuta a statuendo ita dicta sunt, Doctores sententias et decreta iudicum et magistratuum, quando illi circa singulares personas ex auctoritate publica ab Imperantibus concessa secundum Leges provinciae suae aliquid statuebant, eodem nomine insignire non dubitarunt (a).

(a) conf. PAUL, et IO. VOETIVS, ille in Tract. de statut. Sect. IV. c. 1. hic in Comment. ad Pand. L. 1. tit. 4. P. 2. §. 1.

§. 2.

Horum statutorum nobilissima divisio eaque communi fere interpretum consensu recepta est ea, qua alia *personalia*, alia *realia*, alia denique *mixta* sunt. Neque vero ignoramus, ipsam hanc divisionem fontem esse, ex quo rivi plurimorum errorum ad nostra usque tempora ducti sunt; nec sane quemquam fugere potest, plerosque Doctores in speciebus illis vel constituendis vel explicandis non torqueri tantum valde, sed et, dum expedire se laqueis moliuntur, suis se Logomachiis implicare; unde ex quorundam sententia omnis haec distinctio doctrinalis proscribenda potius quam ad explicandam de statutis doctrinam adoptanda fuisset. Quidquid ejus rei sit, retineri posse putemus haec apud

interpretes ex usu artis recepta statutorum personalium, realium, mixtorum, nomina; modo caveamus de notionibus recte constituendis, ne in describendis et determinandis speciebus, quae huc vel illuc debeant referri, supersit ambiguitas, Logomachiarum foecunda mater. His ita praemissis, de ipsis notionibus constituendis dispiciendum est.

§. 3.

Statuta *Personalia* I.) ea esse ajunt, quae *personae* alicujus in civitate viventis *statum et conditionem privatam* determinant, atque de ejus *habilitate vel inhabilitate* edicunt, sive hoc fiat *simpliciter* sine ulla rerum mentione, veluti, utrum quis civis an peregrinus, nobilis, majorennis, infamis an integrae existimationis sit, sive insimul *de rebus* fermo sit, dummodo principalis intentio statuentis fuerit, non de re aliquid, sed de persona ejusque habilitate vel inhabilitate in rebus acquirendis, possidendis, transferendis, aliisque actibus circa eas exercendis disponere. Sic quoque huc recte referes declarationem prodigi, concessionem veniae aetatis et alia quaecunque, quae iudex auctoritate sua statuit circa conditionem personae, unde jura ejus pendeant et obligationes. Haftenus concordant, qui de statutis exposuerunt, omnes. Sed jam II.) invitis interpretibus plerisque, neque tamen omnibus (b), addenda videtur huic statutorum personalium speciei, quae de *qualitate personarum* edicit, alia species, quae *de nexu et relatione personarum inter se* ita disponit, ut in eo posita sit *ratio juris circa res* obtinentis, adeo ut

(b) cf. de PUVENDORF *Obs. jur. univ. Tom. I. obs. 28. ibique allegati.*

primaria statuentis mens sit, non ipsi rei qualitatem aliquam imponere, sed, quale jus circa res obtinere debeat, ex personarum inter se nexu ac relatione definire. Sic ex rectiori sententia in hanc classem referendum videtur, quidquid statuitur circa successionem ab intestato, quae scilicet non a qualitate ipsis rebus indita, sed ex nexu quodam civili personarum, defuncti et heredis, consequenter a qualitate mere personali, proficiscitur. Ex eadem ratione huic accensemus donationum inter conjuges prohibitionem aut licentiam, communionis bonorum inter eosdem ex nuptiis introducendae determinationem, successionem eorum statutam, et quae sunt alia, quae ex personarum inter se relatione civili descendunt.

§. 4.

Realia ex adverso dicuntur, quae ipsam rem principaliter afficiunt, eamque limitatione quadam morali circumscribunt, quam praeter legem nemini mutare fas sit, nullo ad personam respectu habito, vel, definiente *Voetio* (c): quae rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt, siue personae mentio facta sit, siue non, si modo primaria statuentis mens sit, non de personis, sed de rebus disponere. Eo referri potest, si per legem dominium transire nequit ob conditionem rerum in feminas, ut in feudis contingit; vel non excedere familiam, ut in bonis stemmaticis et fideicommissariis; vel si vetita est circa bonorum aliquod genus dispositio tum mortis causa, uti jure Lubecensi et Hamburgensi de bonis hereditariis immobilibus constitutum est. Quae cum ita se ha-

(c) *Io. VOET. I. c. §. 3.*

beant, *Voetio* assentiri non possumus, qui tam jura successionum ab intestato, quam et communionem bonorum inter conjuges ex nuptiis introducendam in statutis realibus refert, quod posterius ipse contra alios interpretes, veluti *Burgundum* (d) et *Feltmannum* (e), qui in statutis personalibus illa referunt, defendit. Etenim in hisce speciebus jus, quod circa res obtinet, non ex ipsa rei qualitate, sed ex personis earumque nexu descendere videtur, quando v. g. statutum ex pluribus cognatis unum heredem designat, adeoque circa personas primario, secundario circa res: aliquid statuit (f).

(d) in *Consuet. Flandr. Tr. 1. §. 4. n. 35. seq.*

(e) *de jure in re et ad rem. c. 19. §. 7.*

(f) cf. *de PUFENDORF in Observ. jur. univ. T. I. obs. 28. §. 5.*

§. 5.

Denique medio quasi loco habentur, quae nec realia proprie nec personalia sunt, ideoque *mixta* audiunt, quae neque de statu personarum earumque nexu, neque de indole rerum primario tractant, sed *formam ac ordinem solennem* actui valituro praescribunt, siue fuerit judicialis siue extrajudicialis, v. g. Testamentum, Contractus, et quae sunt alia.

§. 6.

Haftenus de decantata statutorum in personalia, realia et mixta divisione. Jam, siue standum esse huic divisioni arbitremur, siue aliam quamcunque eorum vel denominationem vel divisionem concipiamus; hoc saltem I.) verissimum est, ejus,

cujus summum est in civitate imperium, potestatem esse, Leges sive statuta ferendi de rebus quaquaratione ad eos, qui eidem imperio subsunt, spectantibus, sive primaria intentio ea sit de rebus statuendi, uti sit in statuto reali, sive per consequentiam saltem, velut in statuto personali et mixto. Neque haec de rebus civium statuendi facultas adstricta videtur ad eas tantum res, quae in territorio illius civitatis sunt, sed et rationi subjectionis civilis convenit, obligari cives ex statuto seu lege, quae de rebus extra territorium existentibus disponit, adeoque Principem de iisdem recte leges ferre, quatenus de efficacia earundem in obligandis civibus quaestio est. Ita v. g. quando Princeps statuit de habilitate personarum circa testamenti factionem, de jure circa res ex personarum nexu descendente, de forma actuum juridicorum, quos privati circa res suas suscipiunt; non est ambigendum, quod omnia ista ad res civium, in alieno quoque territorio sitas, possint pertinere, dummodo exemptas eas res a necessitate legis observandae non velit summus in republica imperans. Haec ita obtinent propter potestatem Principis in *personas* civium. Cum vero II.) aliquis, qui ratione personae civitati alicui addictus est, alteri civitati subiectus esse possit ratione *bonorum*, dum bona quaedam in illius territorio habet sita; facile ex hac observatione conficitur, in ea quoque civitate, ubi sita sunt ista bona, Principem recte ac suo aequo jure statuere de jure, quo uti debeant cives alterius reipublicae, qui summum ejus imperium in res, quae sunt in territorio civitatis suae, radicum, agnoscere tenentur, atque ideo *ratione bonorum* eidem subiecti esse dicuntur. Habemus itaque statuta, jus privatorum

circa res determinantia tum personalia, tum realia, tum mixta; utriusque civitatis, tam ejus, cui ratione personae, quam ejus, cui ratione bonorum aliquis subiectus est.

§. 7.

Ponamus jam civem in territorio alterius civitatis patrimonium suum vel partem ejus habentem; ponamus amplius, jus, quo uti debeant privati circa res istas, definiri statuto vel utriusque horum imperantium tum ejus, cui persona, tum ejus, cui res subiecta est, vel alterutrius tantum, altero jus commune v. g. romanum fervante. Hoc quando contingit, fiet saepius, ut collidantur invicem Leges diversae, ac proinde iudex, jus dicturus inter eos, qui de his rebus litigant, ambiguus haereat, qualem in conflictu harum legum sententiam pronunciare debeat. Damus illustrandae rei causa quaedam conflictus exempla. Moritur aliquis intestatus in eo loco, ubi domicilium fovet; patrimonii portio alibi sita esse deprehenditur. Confluunt cognati. Ex his quosdam excludit statutum, quod in loco, ubi domicilium defunctus habuit, obtinet; admittit vero lex, quae fervatur in loco rei sitae. An itaque unica successio erit ex hac vel illa saltem lege definienda; an duplex, quae alium succedendi ordinem in rebus ad domicilium defuncti pertinentibus, alium in his, quae extra territorium sunt, admittat? Porro: Testamentum quis condit in domicilio, adhibita solennitate, qua validum illud efficitur intuitu bonorum, quae is habuit in ea, qua degit, provincia, an idem illud valeat intuitu bonorum in alia provincia sitorum, ubi majori opus erat solennitate? Iterum: cum quis, veluti Saxo, majorennis est in sua civitate 21.

annis, isque tum in contradibus aliisque negotiis restitutionis in integrum auxilio amplius non gaudet, an nec intuitu bonorum in provincia, ubi major aetas 25. annis definitur, fitorum restitue-
tur? Plura exempla, quorum numerus augeri facile possit, allegare jam non vacat, nec et opus est.

§. 8.

Quando vero jam agitur de omnibus hujus generis quaestionibus ad principia sua revocandis quidque in singulis hisce speciebus in ipsis rerum argumentis non raro obviis observari a iudice debeat, siquidem quaestio eo redit, quaenam regulae in foris nostris fervari plerumque soleant, videri sane possent Interpretes, quorum in foro praecipua auctoritas est, transactione quadam ad communem sententiam devenisse, quam iudices in decidendis hujusmodi controversiis sequi plerumque soleant. Hos neutiquam nos moramur, quorum in more est, definire quid juris sit, ex facto, sive, quod idem est, ex rerum judicatarum exemplis. Sed potius, cum Doctores quidam tum doctrina tum auctoritate forensi illustres in pluribus hujus argumenti speciebus a communi ista sententia discedere non dubitent; cumque verendum omnino sit, ut omnes in doctrina hac jurisconsultorum altercationibus famosa, in qua viri summi ingenium exercuerint (g), auctoritatibus, quam rationibus, acquiescere malint: placuit hoc specimine tentare, annon investigato fonte genuino, unde doctrina haec hauriri debeat, via saltem parari queat ad constituenda talia fundamenta, quibus constitutis ad solidam quaestionum juris controversarum, quibus doctrina haec premitur, decisionem

possit perveniri. Decerpsi, ut ne fines speciminis academici excederet tractatio, ab integro particulam, eoque consilio de efficacia statutorum in res extra Territorium sitas disquirere constitui.

(g) Ex his, qui in hoc argumento elaborarunt, potiores sunt: *Argentraeus ad Consuetudines Britannicas*; *Nic. Burgundus ad Consuet. Flandricas*; *Christian Rodenburg in Tr. de jure quod oritur ex statutorum vel Consuetudinum discrepantium conflictu*, praemissa *Tract. de jure conjugum*; *Paul. Voetius in Tractatu de statutis eorumque concursu*; *Ulr. Huber in Comm. ad Pandectas et in Jure civitatis*; *Henr. Cocceii in Diss. de fundata in Territorio et plurium locorum concurrente potestate*; *Hertius in Diss. de Collisione Legum*; *Jo. Voetius in Comment. ad Pandectas Lib. 1. Tit. 4. P. 2. Titius in Jure Privato Lib. 1. c. 10.* atque ex hujus principiis *Jo. Gotfr. Meier in Diss. Giefs. de statutorum conflictu eorumque in externos valore*, denique *Jo. Sam. Frid Boekmer in Diss. de efficacia statuti personalis extra Territorium*.

§. 9.

Propius ad veritatem nos accessuros arbitramur, si, antequam mentem nostram de hoc juris argumento exponamus, primum de praecipuis *diffensionum causis* eruendis, unde tot tamque diversae Ictorum sententiae enatae sunt, sumus solliciti. Quod dum facimus, non una saltem nostro quidem judico occasio nascetur detegendi errorum fontes, in quos nolimus incidere, quorum totus in eo labor est, ut lectori constet de legitimo fundamento, cui omnis haec doctrina, quam nunc explicare constituimus, possit superstrui.

§. 10.

Primaria eaque fecundissima omnium *diffensionum et variationum causa* in eo ponenda est

videtur, quod de invenienda illa lege five naturali five civili, five publica five privata, cujus solius, nec alterius cujusque auctoritate decidi debebat, quidquid fuerit in hoc argumento controversiae, plerique vel plane non solliciti essent, vel et auctoritate talium fundamentorum decidendi, quae huc adplicari neutiquam debebant, rem omnem componere vellent. In illorum censum referendi videntur Icti antiquiores fere omnes, in quorum more erat, omnia ad normam et amussim *Legum romanarum* exigere, parum curantes, quid statui Germaniae publico in his argumentis conveniat, quantumque Romana respublica, in qua secundum jus ab eodem imperante profectum, quaqua patebat imperii ambitus, vivebatur, distet a Germanica, in qua diversis diversorum imperantium statutis vivitur. Etenim, quando ex communi Romanorum lege v. g. qui majorennis est ex lege domicilii, ubique ac in omnibus imperii romani ditionibus pro tali habendus fuerat, etiam in iis locis, ubi provectior aetas requirebatur; quando Testamentum secundum formam ejus civitatis, in qua domicilium habuit testator, confectum, ubique valet, etiamsi alibi majori solennitate opus sit: hoc nemine dubitante ideo obtinet, quoniam is, qui toti praeerat Romano imperio omnibusque junctim provinciis, hoc ita voluit observari. Haec vero omnia ad nostros mores non recte transferuntur, ubi plures regiones, legibus institutisque inter se diversae, singulae suis legibus reguntur, ac nulli subsunt communi imperanti, neque ideo cogi aliquis imperantium potest, sequi ratumque facere, quod alterius ditionis imperanti vel magistratui placuisset. Cum itaque pari per parem leges figi non possint, et Principes in suo territorio

legibus extraneis neutiquam ligentur, recte inde colligimus, juris romani auctoritate definiri non debere, quod ad jus summorum in diversis civitatibus imperantium, statuendi de jure, quo uti debeant subditi, pertinet, nec ideo necessitatem aliquam adesse, cur statutum quaecunque, quod in domicilio alicujus extranei obtinet, in decidendis contraversiis circa res in alieno territorio sitas obvenientibus, observari a judice debeat.

§. 4.

Alii cum viderent incongruam Juris Romani adplicationem, dum praeternavigare volunt hosce scopulos, viam eligunt longe incertiore, quando ex *incommodis vel commodis* rem omnem dimetiuntur, deinde eam doctrinam veriore esse autumant, quae statui publico magis proficua sit, quae vero nociva sit, reiiciunt, et sic *Politicos* agunt magis quam *Ictos*: quod certe fieri non debebat, cum de eo, quid regulis justitiae conveniat, non vero de eo, quid utile sit ac proficuum in republica, quaerimus. Verior itaque, ne falsis fundamentis doctrinam suam superstruant, qui hac fere ratione argumentantur: posita restrictione statuti ad territorium statuentis incongruum imo absurdum fore, si is, cui semel perfecte ex legibus domesticis certa qualitas obtigit, ea non in perpetuum fungatur, sed, ubi de rebus ejus in aliis diversis territoriis sitis agitur, toridem vicibus is statum suum mutare necesse habeat, adeoque is uno eodemque tempore, hic sui juris, illic alieni juris; hic major, illic minor; hic testamenti factionis activae et passivae capax, illic incapax futurus sit; molestum fore, si unius ejusdemque, qui intestatus decessit, successio, partim legibus

domesticis, partim extraneis regatur; nec minori difficultate laborare, si testamentum hic validum, illic inutile sit, et sic porro. Infinitas itaque turbas, querelas et contentiones invidiae plenas evitari, si Princeps exteras quandoque leges in decidendis litibus circa res in territorio suo existentes agnoscere, quam suis sibi placere statutis, malit; promoveri hoc pacto commercia, fidem publicam officiorumque liberalium usum, contra vero perpetuum metum retorsionis jurium inter diversas civitates non posse non generari et inde duriores plurimisque molestiis implicatam reddi subditorum suorum conditionem. Vera esse haec omnia, nemo facile dubitat; imo vero in plerisque civitatibus de observandis mutuis officiis sollicitis, ita rationes subduci, experientia docet. Consul- tet itaque bonus Princeps, an e re civitatis suae sit, facilem se praebere in admittendis exterorum legibus, an magis expediat civibus, alterius civi- tatis iussa probare, quam ex suis privatorum lites dijudicare: observet peregrinos mores, ut suorum utilitatem promoveat, secundum prudentiae prae- cepta. Sed *perfecte* is atque ex regulis *justitiae* non obligatur, cujus liberrima est et alieno arbi- trio neutiquam circumscripta potestas statuendi de jure, quo uti debeant exteri circa res intra terri- torii sui fines comprehensas.

§. 12.

Denique nec eorum doctrina solido innititur fundamento, qui ex eo, quod *in praxi* fervari solet, derivare juris principia solent. Accidit tum, ut alibi, ubi hac ratione concluditur, ut, quid juris sit in hoc argumento, ex facto colligatur. Quam vero perversum hoc argumentandi genus sit,

nemo non videt: observantur hoc vel illo casu in civitate aliqua leges exterorum; et cur observantur? Resp. quia observantur; cur enim observarentur, nisi eas observari necesse foret? Ita potius concludendum fuisset, quod, si observantur, causa adesse debeat, cur observentur. Haec vero esse potest vel pactum cum gente externa, vel liberum imperantis arbitrium, vel prudentiae ratio, vel mutua et consueta gentium comitas ac indulgentia, et quae esse possunt aliae quoque causae, quae suadere id possint. An vero summus in republica imperans ex obligatione *perfecta* teneatur admittere istas leges, et qualem iudex in dijudicandis litibus normam, utrum legis domesticae an peregrinae, sequi debeat, id profecto ex his omnibus non colligitur.

§. 13.

Nondum dimittimus errorum causas. Nisi enim fallimur egregie, id deprehendimus, quod a novioribus quibusdam, qui ceteroquin in indagandis doctrinae hujus de collisione statutorum fundamentis accuratius procedunt, status quem vocant controversiae, quantum quidem ad Germaniam, non rite sit positus. Accidit id potissimum his, qui totam hanc, quanta quanta est, doctrinam ex principiis *juris publici universalis et gentium* hauriri debere contendunt, qui, dum ita rationes suas subducunt, unam saltem ex nostro argumento controversiam decidunt, eaque decisione reliquas omnes difficultates superasse atque immotam inde et universalem de valore statutorum extra territorium regulam se constituisse, vel simulasse vel saltem sibi persuasisse videntur. Allegamus, ut distinc-

N

tius de mente nostra constet, exemplum ex *Sammetii*, Icti Lipsiensis clarissimi, *Quaestionibus forensibus* (h). Disquirat is in Quaest. Ima, an testamentum, servatis solennibus loci, in quo conditum, effectum habeat quoad bona extra territorium sub alio Principe sita? Negat primo eam quaestionem decidi debere ex jure Romano, quando applicatur illa ad diversa territoria, quibus diversi imperant. Pergit deinde: “hanc visionem „omnino ex *Nic. Burgundi* mente decidendam existimem, sed aliis insuper et invictissima alterius „scientiae ratione: hanc arripe et viceris, si sana „uti velis ratione; quaestio haec, quanta quanta „est, juris est universalis publici. Omnis potestas legislativa et jurisdictio solius est Principis, vel ejus, qui a Principe habet, sed in solos subditos et bona subdita, licet haec ipsa Princeps extraneus in meo possideat; extra res et „personas principi subjectas leges et jurisdictio „erunt nonentia: frustra igitur uti omnes leges „ita et solennia, siue subditos stringant, siue res „siue dispositiones, praescriberentur personis et „rebus extra territorium, nempe quae suam majestatem non agnovere, nec agnoscere possunt „salvo jure sui Principis: nisi hic in praejudicium „sui, quod rarum erit, consentiat: hunc consensum monstret *Sandius*, error privatorum communis jus non constituit in jure publico. Vox „igitur hujus juris est, impera, sed in solos subditos et subditorum bona.” Decisam itaque hisce rationibus voluit V. C. quaestionem principio propositam, ut testamentum effectum non habeat quoad bona alibi sita. Jam videamus, quatenus verum id sit. Quando quaestio de eo est, an Princeps ejus territorii, in quo sita sunt bona,

agnoscere teneatur testamentum secundum solennia peregrinae legis, neglecta, quam ipse praescripfit, forma confectum, neminem, opinor, dissentientem habebit, quando teneri eum negat: id enim ex isto jure, quo civitates earumque imperantes inter se utuntur, facile patet. Jam vero ponamus, deferri ad judicem hanc de valore ejusmodi testamenti controversiam, quam privati inter se agitant, sua decisione finiendam. Is profecto animadvertet statim, jam de eo non quaeri, an Princeps, cujus auctoritate is jus dicit et sententia litem motam decedit, teneatur admittere in lite hac decidenda Leges peregrinas, v. c. eas, quae in eo loco, ubi conditum testamentum est, obtinent, neque ideo hanc causam ad tribunal suum devolvi, quo jure utatur Princeps uterque, quando alter alterius praeceptis stare non vult: sed id tantum agi, ex quam lege, peregrina an domestica, definiri debeat lis inter privatos de validitate testamenti mota, quidque magis conveniat voluntati imperantis, qua officium ejus in decidendis privatorum controversiis circumscribitur. Quae cum ita se habeant, id omnino damus, illam, quae de *relatione imperantium* inter se tractat, quaestionem, quanta quanta est, ex jure publico universali et gentium debere definiri; hanc vero, quae de *decidendis in judicio privatorum controversiis* agit, unice ex lege positiva, qua tanquam norma ab imperante praescripta in ea re utitur iudex aliquis, decidendam esse arbitramur.

(h) in *Opusc. ejus. p. 243. seqq.*

§. 14.

His ita praemissis, jam ad constituenda hujus doctrinae *legitima fundamenta* inoffenso pede transire licebit, ita quidem, ut secundum ipsam, quam modo fecimus, observationem ante omnia dispiciamus *de jure*, quo in isto argumento utuntur *summi in rebus publicis imperantes*; an scilicet defendi queat, quod illi teneantur admittere Leges peregrinas in decidendis, quae coram judicibus suae civitatis agitantur, privatorum contraversis; an contra quilibet eorum sua ita possit uti libertate, ut, ex quibus praeceptis dijudicari ista causa debeat, in arbitrio ipsius unice positum sit. In utramque partem disputata jam est et adhucdum disputatur haec causa; quod quibus argumentis fiat, jam videbimus.

§. 15.

Primum quidem Icti quidam, quorum suffragium magni ponderis est apud viros eruditos, ex quibus nominasse sufficiat *Puffendorffium*, defendunt, respublicas natura per naturales quippe consequentias et eventus obligari ad leges mutuas servandas, adeoque obligatione lege naturali constituta eo nomine invicem sibi teneri summos in iis imperantes. Allegabimus ipsa *Viri summi* (i) verba, quando ille successionem intestatam ex legibus domicilii defuncti unice procedere defendit. „Caput quaestionis, ait ille, hoc est, annon quaeque civitas naturaliter obligetur, ut hujusmodi causas, quae dividi et divelli commode nequeunt, ex jure ejus loci, ubi causa est perfecta, legitimas perinde habeat, atque si in altera civitate simul perfecta causa esset. Quod quidem si ne-

„gamus, rerum convenientiam et custodiam societatis evertimus et vinculum generis humani dissolvimus. Nam certe causa individua uno tantum loco potest explicari adeoque oportet, ut una civitas formam statuatur, potior autem illa habenda sit, cujus civis quis sit et cui persona ejus subiecta est. Et quoniam civitas unaquaeque habet potestatem, leges civiles plenissime ferendi, actus certe omnino, nec pro parte demum, consistere debet, adeoque extra territorium lex valebit. Quod quidem civitates ex rerum convenientia sibi invicem concedant, oportet. — Quod denique ajunt, civitatem a civitate cogi non posse, id nihil impedit, quo minus civitas naturaliter obligata dicatur. Neque enim naturalis obligatio in coactione consistit, sed natura potius per naturales consequentias et eventus obligamur.“ De his nos ita sentimus: hac omni argumentatione ad quaestionem de eo, quod *justum* est inter civitates, nihil omnino effici, atque quantacunque fuerit confusio rerum et negotiorum, quae inde cum incommodo generis humani nasceretur, id omne ad *humanitatem* et *officia imperfecta* pertinere, non vero rationem *obligationis perfectae*, qua gentes sibi invicem teneantur, obtinere. Verulamur nos in definiendo eo, quod justitiae regulis inter gentes earumque imperantes convenit, et cavendum est Icto, ne utriusque disciplinae fines confundantur. Ita dimittimus *Puffendorffii* argumenta, qui consentientes nos habeat, cum de humanitate ac de officiis imperfectis res agitur; dissidentes contra, quando jus inter gentes ex humanitatis praeceptis colligi is voluerit.

(i) in *Observ. jur. univ. T. I. obs. 28. §. 8.*

§. 16.

Effecit, quod non negamus, ista mutuae utilitatis, quae ex observatione hujusmodi humanitatis vicissim proficiscitur, consideratio, ut communi quasi gentium omnium consensu de juris rigore aliquid laxaretur, atque *ex mutua comitate* altera gens alterius jussa benigne probaret, rata haberet, ac secundum illa causas in sua civitate dijudicari pateretur. Ita v. c. praxi fere universali invaluit, in successione ab intestato, donationibus inter conjuges vetitis permissisve, et aliis similibus, mobilia regi lege loci, ubi dominus eorum domicilium habet; ita circa actuum quorumcunque solennia recepta est sententia usque quotidiano servata, ad validitatem eorum sufficere, adhiberi solennitates eas, quas lex loci, in quo actus geritur, praescripserit observandas, idque quod ita gestum fuerit, recte porrigi ad bona qualiacunque mobilia five immobilia, in aliis territoriis sita, quorum statuta aliam plane, vel majorem saltem requirunt solennitatem; id quod propterea obtinuisse videri potest, utne ambagibus et difficultatibus, quae ex necessitate utriusque solennitatis observandae non possunt non oriri, implicarentur, qui actum res plures pluribus in locis sitas concernentem expedire constituerint, utque subveniretur hac ratione iis, qui juris, quod alibi servatur, ignari actum qualemcunque secundum suas, quas sciunt, leges recte expediri existimaverint. Denique et idem in statutis personalibus, quae de habilitate et qualitate personarum aliquid edicunt, observari solet, ut v. g. qui majorennis est in loco domicilii, qui legitimatus, qui pro prodigo declaratus, etc. ubique terrarum pro tali habeatur. Ex his tamen omnibus, quantumcunque vera sint,

nullam efformari posse regulam generalem, constans nostra sententia est, secundum ea, quae supra §. 12. jam exposuimus. Imo vero nec ipsa illa norma, quam ex eo, quod fieri solet, colligere malunt Icti pragmatici, firmo aliquo fundamento innitur, quandoquidem in ipsa hac Praxi, quam tantopere laudant, mirum in modum variatur: ut adeo proclive fatis sit at judicandum, causam hanc omnem, quatenus ex eo, quod fieri solet, dijudicatur, non in necessitate aliqua, sed in arbitrio agentium esse positam, atque comitati, quam gens erga gentem observare solet, non solum detrahi posse legitime, sed et actu solere tantum, quantum ista deductione suae quisque utilitati consultum fore existimat. In aliis negotiis et actibus juridicis sequitur imperans, in cuius territorio bona sita sunt, leges exterorum, in aliis non sequitur; admittit testamentum secundum peregrinas solennitates conditum circa bona tum immobilia tum mobilia; in successione ab intestato aliisque quoad mobilia admittit legem domicilii, respuit vero quoad immobilia etc. Quid vero hoc est? Anne difformitas est in eo, quod ex rationibus mutuae comitatus observari solet; quidni arguamus ex hac inspectione, causam in arbitrio imperantium, non in legis necessitate, esse positam?

§. 17.

Cum itaque, quod haecenus exposuimus, neque ex *rerum convenientia*, neque ex *comitate*, quam gentes invicem sequi solent, recte colligi possit *obligatio imperantium perfecta* ad admittendas exterorum leges in iis causis, quas domestica lege definiri malunt; hanc regulam nos admittere necesse est, quod, cum summum in civitate imperium

intra fines istius civitatis unice contineatur, legum quoque vel statutorum efficacia omnis *territorio statuentis* circumscripta sit, adeoque per se ultra statuentis territorium neutiquam operari vel ullos effectus alibi, *invitis* illis, qui in illis locis leges ferunt, sortiri possint. Etenim, quod Romanae Leges de iudicibus edicunt: extra territorium jus dicenti impune non pareri, ac pari in parem nullum competere imperium seu cogendi potestatem; id quoque de imperantibus diversarum gentium praecipit jus naturale externum et cogens ad gentes adplicatum, quod jus gentium κατ' ἐξωχὴν solet vocari; ut adeo nulla plane juris ratio adpareat, cur alter alterum potestate et libertate parem cogeret, ut is alienis statutis decretisque pareret, aut rata irritave haberet, quae talia esse in sua civitate jussit. Inde vero sua sponte consequitur, nec *injustitiae* notam his posse inuri, quibus, quod aliis placet, displicuerit, quantumcunque molestum id sit et in rebus gerendis difficile, cum jus et obligationem non ex commodis et utilitatibus metiamur, sed ex faciendi necessitate lege cogente constituta. Violet itaque imperans humanitatis praecepta; jure saltem egisse dicendus is erit: modo pacto se ad observandas alterius gentis leges non obstrinxerit, unde perfecte illum obligari, monuisse saltem sufficit. Neque vero difficilis est hujus regulae ad species obvenientes adplicatio. Egredi, ais, statuta personalia statuentis territorium, ut in loco domicilii qualitate quadam praeditus aut privatus ubique locorum habendus sit pro tali; valere debere, ais, actum solennitatibus ex lege loci, in quo is gestus est, celebratum ubicunque locorum. Inutile est, plures adducere species, cum omnes ex una regula sint dijudicandae: eant in suffragium,

qui hanc vel admittere vel reiicere maluerint; facta enim est causae coniectio.

§. 18.

Posita itaque summa ista, qua imperantes ex praeceptis juris gentium utuntur, libertate, alieno arbitrio non circumscripta; jam sua sponte haec procedit consequentia, quod, si res istae, quae in territorio deprehenduntur, subjectae sunt summae in civitate potestati, huic quoque jus competat, statuendi, quibus legibus uti debeant exteri circa res in territorio suo sitas, quidquid deinde is, qui in altera civitate fert leges, in eodem argumento inter cives suos disposuerit, sive is jure communi utendum esse duxerit, sive statuto qualicunque, personali, reali vel mixto, in civitate, cui imperat ille, non vero alibi locorum, valituro. Ita certe, quod jam demonstravimus, fert ratio autonomiae, qua imperantes utuntur ab alieno arbitrio liberae, quae et ipsa stare egregie potest cum jure exterorum in istis rebus potestati alienae subjectis quaesito, quo quippe illi non exuuntur, quando de acquirendis, custodiendis, transferendisve rebus ex lege positiva civili propter publicam utilitatem quidquam statutum fuerit, quod defleat ab illa lege, qua cives in altera civitate reguntur. Jam vero si ea, quae hactenus de jure summorum imperantium in ferendis Legibus deduximus, vera sunt; via simul parata est ad exponendam quaestionem alteram, quae de *officio judicis* in decidendis privatorum controversiis tractat, quaeque in fundamento solidae decisionis ab eo faciendae indagando versatur. Etenim uti judicis in jure dicundo officium non nisi summi in republica imperantis auctoritate regitur; ita cardo rei non potest non in eo verti,

quaenam sit ejus, qui imperat, *voluntas*; utrum is controversiam aliquam in judicio motam secundum leges extraneas, an domesticas, decidi maverit. Quemadmodum enim ille improbare potest legis extraneae vim et efficaciam, neque tamen inde consequitur, improbare eam *voluisse*; ita quoque judex, voluntatem imperantis unice secuturus, ante omnia sollicitus esse debet de indaganda imperantis voluntate, utrum is litem secundum domesticas, an vero peregrinas leges dijudicari voluerit. Verum hoc esse, nemo facile negabit; de argumentis vero et signis, unde de voluntate ista constare sufficienter possit, anceps magis inspectio est.

§. 19.

Primum quidem imperantis Consensus vel Dissensus in admittendo exteriorum statuto arguendus omnino erit ex eo, quod ille in peculiaribus speciebus obvenientibus vel expresse vel tacite eam in rem statuerit, quidque ex eo, ex legitimis interpretationis juridicae regulis per consequentiam saltem exinde eliciendum fuerit; in quibus omnibus indagandis prima judicis cura versabitur. Ita I.) de voluntate *improbandae* peregrinae legis res satis expedita est, si is legem domesticam forensi evidenter opponat mentemque huic derogandi perspicue satis declaret; si litem in judicio motam movendamve unice ex lege domestica decidi debere praecipiat (*k*); si legem is ferat praeceptivam vel prohibitivam ex salutis publicae rationibus animumque sat clare demonstret, eam a nemine, quisque fuerit, facto contrario infringi debere. Ita v. c. si Princeps salutis publicae causa ordinem aliquem stabilierit, secundum quem causae contro-

versae in judiciis, quae suae subsunt potestati, tractari debeant, absque dubio iudex adstrictus erit ad ordinem istum observandum in omnibus causis, in quibus officium suum versatur, adeoque et iis, quae versantur circa res in territorio Principis sitas, sive ad cives, sive ad extraneos illae pertineant (l). Ex eadem ratione, quando Lege aliqua generali statutum fuerit, filiumfamilias de bonis, quae subsunt summae statuentis potestati, non posse testari, neque ratio aliqua adpareat, unde ista prohibitio ad solos cives ejus territorii adstricta esse censeretur debeat, concludemus inde, mentem Principis adeo late patere, ut nec testamenta filiorumfamilias extraneorum admitti velit, etiamsi hi legibus suae civitatis a testamentifactione non arceantur: (m) neque enim jus hoc Statuto sancitum consistit intra personam, sed porrigitur ad bona et tribuit facultatem de iis disponendi, quae lex statui nequit de bonis in alieno Territorio sitis. (n) Denique et in eo argumentum voluntatis de improbando Statuti peregrini usu positum est, si is Statuto aliquo *reali* ipsam aliquam rem, potestati suae subiectam, qualitate aliqua morali circumscripserit, quam mutare nemini privatorum fas sit; quod cum ita statuere ipsi visum fuerit in utilitatem suae civitatis, ut v. g. res quaedam in feminas transire nequeant, ut testamento circa eas disponere non liceat etc. adparet sane luculenter, etiamsi statuto peregrino derogatum expresse non fuerit, de hac ejus mente, ut ne alieno qualicunque arbitrio, adeoque nec peregrinae civitatis Statuto, derogari debeat ei, quod in salutem civitatis suae constituendum fuisse ille existimaverit. Major plerumque difficultas est II.) in exquirenda voluntate imperantis de *admittenda* Lege peregrina. Habemus

quidem causae expedita exempla, quae judici normam praebere queant in admittendis istis legibus; veluti si imperans nominatim in favorem extraneorum vel negotiorum alibi gestorum legem peregrinam vel omnino, vel in certis saltem speciebus observari in judicando jusserit; si mutuis imperantium pactis de mutuo officio admittendarum in causis civium cujusque reipublicae legum domesticarum conventum fuerit, etc. Haec cum ita contingunt, non ambiguus profecto haerebit judex, utrum legem domesticam, an peregrinam, sequi debeat: adfunt enim liquida voluntatis de hac admittenda signa.

(k) Memorabile ejus rei exemplum praebet *Speculum Saxonicum Lib. III. art. 33.* (*Edit. Gaertner. p. 389.*) ubi haec regula stabilitur: *der König soll auch um Eigen nicht nach des Mannes* (hominis tum actoris tum rei) *sondern nach des Landesrecht, darinn es ligt, richten.* „idque, quod Glossa adiicit, ex privilegio terrae Saxonicae dato. Cf. quoque *Lib. I. art. 30.* ejusdem Speculi Sax.

(l) vid. *Sande Decis. Fris. Lib. I. tit. 12. Def. 5. Hert. cit. Diss. Sect. 4. §. 70.*

(m) Consentunt *Gail obs. Lib. II. obs. 124. n. II. sq. Christinaeus Vol. I. Dec. 288. n. 12. Hert. l.c. §. 22.* sed ex alio, non satis idoneo, fundamento. Dissentit vero *Huber in Jure Civit. Lib. 3. c. 10. §. 42.*

(n) *Coccej in cit. Diss. T. 7. §. 4.*

§. 20.

Quid vero, si desint tam liquida voluntatis signa, quid, si de *sanctione derogatoria* expressa vel tacita non constet, nec de declaratione consensus in *admittendis* in decidenda hac illave causa peregrinis legibus? Fingamus, quod non raro fieri solet, definiri aliquid domestica lege generatim circa

alicujus personae qualitatem, v. c. in testamenti-
factione habilitatem vel inhabilitatem; neque vero
de eo quidquam disponi, utrum exteri eodem jure
censendi sint nec ne; ponamus amplius, actui ali-
cui, veluti testamento contractuive ad concilian-
dam ei in civitate validitatem, formam praescribi
diversam ab ea, quae alibi servatur, neque tamen
de eo quidquam disponi, an et exteri illa forma
uti necesse habeant, ut valeat actus intuitu rerum
in alieno territorio existentium. Ita sane anceps
fit de voluntate, utri statuto stari debeat, quae-
stio, in qua enodanda non sine causa se torquent
interpretes, praecipue cum videant, rarius de vo-
luntate imperantis circa admittendas vel reiiciendas
peregrinas leges ex signis sufficientibus constare,
adeoque rem eo plerumque redire, ut iudex, quo
modo satisfieri debeat juris dicundi officio in pro-
posita quaestione, non possit non in summa ambi-
guitate detineri. Neque enim, quando imperans
diversam ab exterorum statuto legem fert, neces-
sario inde inferitur, illud omnino reprobari, neque
etiam adprobasse illud, isto facto contendere certo
potest. Cum itaque de argumentis veritatis utrin-
que non constet; deventum est, ut fieri solet, ad
praesumptionum vim, unde pro statuti peregrini ef-
ficacia vel contra eam concludi legitime queat. Tum
vero plerique ex lege humanitatis et benevolentiae
pro validitate peregrinae legis pronunciant, unde
parum solide concludi ad id, quod justum est in-
ter imperantes diversarum gentium, supra expo-
suimus. Sed et multo minus iudicis potestatem,
in qua instruenda jam versamur, his imperfecto-
rum officiorum regulis acquiescere posse, ex eo fa-
cile patet, quod iudicis officium non nisi volun-
tate superioris in decidendis privatorum contro-

versis regatur, in qua indaganda unice sollicitudo ejus versatur.

§. 21.

Vidit imbecillem hanc argumentandi rationem *Io. Sam. Frid. Boehmer*, ac inde permotus est, ut in eruditissima *de efficacia statuti personalis extra territorium* Dissertatione in constituenda alia regula elaboraret, qua iudex in superanda ista ambiguitate ita posset regi, ut res omnis a jure perfecta, tanquam legitimo suo fonte, unice esset repetenda. Et si is argumenti, quo utitur, vim non nisi ad statuti personalis extra territorium efficaciam redundare voluerit, facile tamen quisque viderit, ad alias quoque statutorum species eandem posse applicari. Res eo redit: „in arbitrio superioris esse, „vim legibus extraneis in suo territorio tribuere; „id autem eum fecisse inde argui, quod, cum potuisset advenas ab usu statuti sui excludere eorumque conditionem acquisitam (addimus nos: vel „et actum peregrina solennitate gestum) reprobare, „nec tamen nominatim exclusit, credendus sit, in „quacunque extraneorum antea acquisita et ad suum territorium allata conditione utilitatis communis ratione acquievisse, solisque subditis legem „scripsisse: eo nomine tacitum consensum pro statutorum forensium adoptione allegari posse, eumque, „et si alias ex solo silentio repeti non possit, „hic tamen tanto efficacior fore, quanto promtiores et alacriores esse solent Principes, quoties „eorum seria est voluntas, qualitati et conditioni „extraneorum aliquid detrahendi, de eo diserte „statuere. Ex his saltem omnibus validam capi „praesumptionem, quod extraneum statutum alicubi „vere agnitum fuerit, hoc effectu, ut, quamdiu

„de contraria superioris voluntate non evidenter
„constiterit, in dubio pro conditione foras acqui-
„sita, licet legibus hujus loci non omnino respon-
„dente, a iudice pronuntiandum sit, adeoque solus
„casus contradictionis ad exuendam eam pertineat;
„niti haec non modo consideratione ac persuasione
„facultatis legitimae, qua iudex domicilii pollet,
„civi suo conditionem perfecte conferendi, verum
„etiam praxi communi, quae negotia alibi gesta
„ex legibus contractus, conditiones personarum ex
„lege domicilii plerumque aestimare solet h. e. cir-
„cumstantia ab eo, quod ut plurimum fit desum-
„ta; denique mutua gentium benevolentia et uti-
„litate, qua gens gentem prosequitur nec quic-
„quam fecisse intelligitur, unde sibi ob metum
„retorsionis intolerabile incommodum imminere,
„genti vero invidiae ac odii suspicio subnasci pot-
„est.“ Haftenus *Boehmerus*, quem ingeniose
ita argumentari, nemo inficias ibit. Nec nos ne-
gamus probabilitatis vim in augurando imperantis
circa admissionem legis peregrinae consilio; de eo
tantum magnopere dubitamus, an valida satis sit
conclusio inde ducta ad instruendum iudicis offi-
cium. Nolumus urgere, in conflictu praesumpti-
onum, unde imperantis mens colligenda fuerit,
utrinque pro varia imperantium inter se relatione
et ipsa civitatum conditione et habitu, istiusmodi
praesumptionis efficaciae mox addi mox detrahi pos-
se, unde videri sane posset periculosa in hoc ar-
gumento definitio; de eo saltem persuasum nobis
est, iudici regulariter rationem primam habendam
esse earum legum, quarum observandarum necessi-
tas ab imperante ipsi praescripta est, adeoque in
concurso Legum domesticarum et peregrinarum si
non fortiozem, certe aequae fortem praesumptionem

esse, quod imperans, dum is voluntatem suam de harum praerogativa clare satis non declaraverit, praeferrî illas voluerit. Etenim Leges domesticae valent in thesi, peregrinae in hypothesi, cum scilicet peculiariter adprobatae sunt: idque posterius cum in facto consistat, usquedum de eo constiterit, pro illis legibus, quarum in thesi usus est, praesumptionem non poterit non admittere; et quidem, si quid videmus, non adeo fallacem, quam quae ex conjecturis e longinquo petitis neque ad instruendum officium judicis satis aptis ista ratione efformatur.

§. 22.

Haec dum cogitarem, neque persuadere nobis possemus, in praesumptionibus modo adductis satis tutum collocari fundamentum ejus sententiae, quod statutum non contradicium pro tacite agnito *semper ac ubique* haberi debeat; omnes hos scopulos evitari posse putamus hac ratione, si judici, destituito peculiari provinciae suae, quo vis et efficacia peregrini statuti definiretur, statuto, ex *jure communi*, quod per totam Germaniam obtinet, sententiam pronunciandam esse dicamus. Ita scilicet rem concipimus. Ponamus, de testamento secundum solennitatem peregrinam condito, de ordine successionis ab intestato etc. litigari inter privatos coram judice ejus provinciae, in qua bona hereditaria sita sunt, quaeque peculiaribus in istis argumentis statutis utitur. Animadvertit is, neque de consensu neque de dissensu imperantis circa admissionem legis peregrinae peculiariter constare; sentiet se delatum esse ad eum casum, quo normam judicandi quaerere non licet in lege domestica; quid consilii? Faciet is, quod facto centies opus est,

est, cum deficit lex domestica, scilicet dijudicabit causam secundum normam juris *subsidiarii et communis*, *Romani* quippe, quod omnes in Germania imperantes regulariter observari volunt a iudicibus, quando peculiari lege usus ejusdem circumscriptus vel sublatus non est. Quid itaque circa species supra propositas? Consulat Leges Romanas de eo, quid juris sit circa validitatem testamenti secundum jus speciale provinciae alicujus v. c. Siciliae conditi, in aliis quibuscunque provinciis, quae jure communi Romanorum vel et speciali utuntur; ex quam lege, an domicilij, an rei sitae, an utraque simul succedatur ab intestato; an is, qui in una provincia majorennis est, in alia quoque pro tali habendus sit nec ne etc. Id deinde ad suam causam adplicet, adeoque ex jure communi causam decidat, quam ex statuto suae civitatis non possit decidere. Ita quoque in concordiam reditur cum Ictis pragmaticis, quos omnes istas species ex lege Romanorum, in Germania communi, dijudicare novimus. Dissensimus supra §. 10. ab his; jam consentientes nos habent, neque tamen incaute variantes. Dissentire enim necesse erat, quando omnem hanc causam, etiam ubi de jure et libertate imperantium agitur in admittendis legibus peregrinis, dimetiendam esse opinantur; consentire vero, quando, deficiente lege quadam vel statuto particulari, recurrendum esse contendimus ad jus commune, quod in subsidium recepisse se Germaniae Proceres professi sunt, quodque ex hac ipsa ratione iudicibus normam praebet definiendarum litium, ubi aliud lege provinciali cautum non est. Neque etiam difficulter intelligitur, cum res ita concipitur, nihil in contrarium effici argumento isto ex difformi

Germanici regiminis a Romano formula deducto. Verum omnino est, quod supra diximus, Leges romanas, quibus tanquam ab uno legislatore profectis in omnibus ejus Reipublicae provinciis vivendum fuit, ad nostros mores non recte transferri, ubi plures regiones, legibus institutisque inter se diversae, singulae suis legibus reguntur ac nulli subsunt communi imperanti. Sed animadverti debet, verum id esse eatenus, quatenus imperantes nostri non aequè obligari possunt ad sequendum ratumque faciendum, quod alterius ditionis imperanti placuisset, ac quidem magistratus aliquis provincialis sequi tenebatur, quod alterius provinciae Legibus ratum fuerat et ideo ubique locorum, quaqua patebat Romanae reipublicae ambitus, non ex spontanea saltem admissione, sed ex lege Romanorum publica, valiturum. Comparemus Germanicae reipublicae Statum; conspicua est differentiae ratio. In arbitrio summorum in Germania imperantium positum esse supra evicimus, utrum admittere velint leges peregrinas nec ne; adeoque eo saltem nostra redit sententia, in qualitate recepti apud nos Juris Romani, tanquam subsidiarii, sitam esse rationem, unde colligi possit summi imperantis *voluntas* circa fundamentum legale decidendarum quaestionum, quae jure particulari provinciae suae definitae non sunt. Neque enim id volumus, teneri Germaniae procures Juris Romani in hoc argumento sanctionibus, quae sane assertio stare non posset cum jure ipsis competente, derogandi Legibus suis juri Germanorum communi, sed id saltem ex veritate, uti conjicimus, contendì potest, voluisse illos admittere juris communis sanctiones, quas noluisse obtinere ex statu o particulari non constat.

§. 23.

Si quidem dubitatione expedita videri potest illa, quam modo proposuimus, sententia, quod scilicet inter Germanos in hoc nostro argumento stari debeat Juri Romano communi, usque dum lege particulari derogatum ei esse non adpareat; quidquid dissentiant interpretes in definiendo eo, quid justum sit in singulis ejus argumenti speciebus: id saltem expeditum erit, ex quonam fonte derivari debeat omnis ista doctrina; in quo dum non convenerimus, non potest non profecto spes omnis de componendis Doctorum litibus evanescere. Quantumcunque vero videri posset expedita quaestio de eo, quod inter Germanos obtinere debeat: longe tamen difficilior est inspectio de efficacia Statutorum *gentium et civitatum plane extranearum*, v. g. Gallorum, Anglorum, Batavorum reliq. quando de admittendis illis in Germaniae nostrae judiciis quaestio versatur. Etenim non difficulter intelliget quisque, illud, quod in Germania nostra obtinere diximus, voluntatis argumentum, quod ex receptione juris communis apud nos universali colligitur, tum non posse vim suam exserere, quando agitur de relatione talium civitatum inter se, quae nec communi aliquo jure in subsidium recepto, uti quidem in Germania id obtinet, utuntur. De eo itaque dispiciendum erit, an, si de voluntate Principis in admittendis extraneae gentis legibus vel statutis expressa vel tacita non constet, potior sit conjectura pro admissione illarum vel contra. Si quidem in argumentis *Boehmeri* supra §. 21. excitatis acquiescere satis tuto potuissemus, subsistendum omnino fuisset in ejus auctoritate. Quod vero, cum nostro quidem judicio, dubitatione

omni expeditum non videatur: periculum faciamus, an ex alia visione sententiae *Boehmerianae* majus robur accedere queat. Monuisse vix opus est, nos jam non laborare in affirmanda vel neganda obligatione imperantium in Germania, admittendi statuta gentium exterarum, id quod secundum ea, quae supra proposuimus, ampliori disquisitione non eget; sed de eo unice jam esse dispiciendum, utrum iudex germanus in admittenda lege peregrina, v. g. Gallorum, Batavorum, tanquam controversiarum decidendarum fonte, aequae facilis esse debeat, ac in admittendo Statuto extraneo quidem, sed tamen Germanico. Videmus, iudicis officium in ea re arbitrio imperantis, cui ille subest, regi: jam, si certa istius arbitrii argumenta non sint, quidni ex argumentis summe probabilibus, (quod et saepe in aliis juris capitibus fit) colligeret, quod voluntati imperantis magis conveniat? Mittimus argumenta specialia, quae, cum varient ex contingenti, ad generalem regulam referri non possunt: in eo vero nos falli non putamus, si affirmemus, in Germania nostra iudicem argumento aliquo *generali*, ex quo colligi possit voluntas Principis circa admissionem Legis peregrinae, non omnino destitui. Id vero argumentum generale in eo ponendum esse nobis videtur, quod Ictorum communis fere sit atque usu iudiciorum nostrorum quotidiano approbata sententia (o), admittendos esse peregrinos eodem cum civibus Germaniae jure ad juris civilis communionem, nisi ipsis lex, observantia, recessus provinciales aut specialia Principum cum subditis pacta obstare intelligantur. Imo vero ex specialibus juris nostri capitibus de isto peregrinorum jure constat, cum quotidie videamus, illos rite testari de rebus extra civitatem, cui adscripti illi

sunt, fitis, heredes illos esse civium nostrorum ex testamento et ab intestato, contrahere illos, aliosque actus civiliter validos apud nos gerere, et quae sunt alia. Quod si ita est, nulla fane adparet ratio, cur peregrini illud etiam jus commune habere non debeant, quod definit de ea quaestione, qualibus illi juribus apud nos uti debeant, secundum cuiusvis civitatis leges et instituta variantibus; non adparet ratio, cur illi testari, cur ab intestato succedere etc. nequeant secundum suae civitatis leges; si quidem id ita fieri posse constitutum est jure isto subsidiario, quo, deficiente statuto aliquo particulari, juri communi contrario, admittitur juris civilis communione, utuntur peregrini apud nos, aequae ac nostri cives.

(o) *Schilter* in D. de jure peregrin. §. 19. seqq. *Frid. Wilh. Pestel* de justit. et benign. Leg. German. erga peregrin. §. 10. seqq. de *Selchow* in Elem. jur. Germ. §. 219.

§. 24.

Jam ut de his omnibus tanto distinctius constet, operam scopo proposito inservituram duximus, si causam, quam modo tractare suscepimus, ex praecipuis (neque tamen omnibus, quod non fert instituti nostri ratio) speciebus, quae in Romanorum jure tractantur, quaeque in ipsis rerum argumentis obvenire hodie solent, instruxerimus.

§. 25.

Utcunque periculosa res sit, ex qualitate statuti personalis, realis vel mixti definire, an egrediatur illud territorium nec ne, quandoquidem non raro fit, ut interpretes inter se non conveniant, ad quam classem haec vel illa species debeat re-

ferri, ideoque consultius omnino sit, quid in singulis speciebus jure romano obtineat, definire, nullo ad id respectu habito, cui classi haec illave species ab interpretibus accenseri soleat; id tamen procedit egregie in statutis *personalibus primi generis* (§. 3.) quae scilicet personae alicujus statum et conditionem privatam determinant atque de ejus habilitate vel inhabilitate aliquid statuunt, cujus ratio quoque intuitu rerum, quae sunt extra territorium, haberi debeat. Etenim exempla, quae ex jure romano adducuntur, omnia convenire in eo videntur, quod statutum tale personale statuentis territorium egrediatur, ita, ut, qui in loco domicilii qualitate ac habilitate quadam praeditus sit vel privatus, ubique locorum pro tali sit habendus. Ita v. g. ex loco domicilii majorennis, v. c. Saxo 21. annorum alibi quoque, ubi aetas majorennis ex jure romano, velut apud nos, mensuram capit, pro majorenni habendus erit, in causis quoque beneficia juris, v. g. in integrum restitutionem, concernentibus; ita qui secundum leges civitatis suae capax est testamentifactionis activae vel passivae, eodem jure quoque utitur intuitu eorum bonorum, quae in alia provincia sita sunt, secundum cujus leges ille ea facultate non foret usus, et quae sunt exempla alia plura. Etenim in plerisque speciebus huc pertinentibus non difficulter animadvertimus, ubique in eo poni decisionis fundamentum, quod, ubi de conditione ac statu personae incidit quaestio, eo semper respiciendum sit, quo inter suos quisque loco aestimetur: quod si in plerisque exemplis ita obtinet, ut nec solida diversitatis ratio dari queat, cur in aliis aeque obtinere non debeat, recte ex analogia juris ad reliquas quoque species expresse non decisas concludi

posse existimamus. Videamus exempla. Qualitas Tutori a Praetore vel Praefide imposita tam late patet, ut, si quae gesta ab eo fuerint circa res alibi sitas, Praeses provinciae alique magistratus ista rata habere et agnoscere debeant, auctore *Marciano* (p) “*Licet datus Tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit; et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia praesides ejus.*” Huic non dissimile, quod docent, eum, qui iudicis sententia infamis factus est, ubique pro tali haberi; sententiam iudicis alibi quoque executioni dari debere, (q) etc. Id tantum addimus, nihil detrahi sententiae de qualitate tutoris ubique agnoscenda, quando jure nostro edocemur, in foro rei sitae dari curatorem posse pupillo, tutorem in foro domicilii habenti: (r) quod certe non variat regulam, qualitatem tutori datam, cum de actibus ab eo gestis agitur, etiam alibi, ubi bona pupilli sita sunt, agnosci debere; neque etiam contrariam sententiam a *Paulo Voetio* (s) et *Gailio* (t) recte probari ex *L. fin. D. de jurisd. L. 27. pr. D. de tutor. et curat. dat. L. 47. §. 7. D. de Admin. tut. L. 12. D. de rebus auct. jud. possid.* Est quoque communis Doctorum regula: quando lex in personam dirigitur, respectiendum esse ad leges illius civitatis, quae personam habet subjectam, a *Baldo* (u) jam proposita, quamque in diversis speciebus huc pertinentibus secuti sunt noviores. (v).

(p) in *L. 21. §. 2. D. de excusat. tutor.*

(q) *l. 15. §. 1. D. de re judic. l. 5. §. 12. D. de reb. eor. qui sub tutel. L. 45. §. 1. D. de judic.*

(r) *L. 27. pr. D. de tut. et curat. dat. L. un. C. ubi pet. tut.*

(s) *Tr. de Statut. Sect. 4. c. 2. §. 7.*

(t) in *Observ. Lib. 2. obj. 124.*

(u) ad *L. Cunctos populos C. de summa Trinit.*

(v) vid. *Hertius l. c. Sect. 4. §. 9. seqq.*

§. 26.

Quod ad *alterum* Statutorum, quae supra ad *personalia* retulimus, genus attinet, plerique interpretes ad realia illa referunt; unde non potest non illud sequi, quod, cum statutorum efficaciam extra territorium in personalibus affirmant, in realibus vero negent, diversae inde sententiae enascantur, si res definiri debeat ex statutorum qualitate vel personali vel reali. Missis itaque Logomachiis, singulas species easque praecipuas ad normam legum exigamus, inter quas prima causa esto *successionis intestatae*. Quid, si in alicujus hereditate repertae sint res, alibi, non in eo loco, ubi defunctus domicilium habuit vel facto concessit, sitae; quaeritur, utrius loci leges sint spectandae, ejusne, ubi civis defunctus est aut domicilium habuit, an illius, ubi possessiones ejus sunt? Mirum est, quantum in hoc argumento dissentiant interpretes, quique de judiciorum usu testantur. Nolumus antiquiorum Doctorum nubem prodire, quos videat, cui volupe est, apud *Tiraquellum*, qui tamen ipse non audet quaestionem decidere (*w*). Etenim quisque eorum fere familiam duxisse videtur ex novioribus, ex quibus praecipuos recensebimus. Sunt, qui non nisi unam hereditatis dividundae causam admittunt. Ex his vero alii ex lege patriae defuncti sive originis sive domicilii succedi in omnia bona, alibi quoque sita, sive mobilia sive immobilia, debere (*x*); alii unice statuta, ubi bona sita sunt, inspicienda esse; alii secundum statutum originis, etiamsi alio domicilium

defunctus transtulerit, succedi; alii in omnibus bonis locum aditae hereditatis; alii locum mortis ejus, de cujus successione quaeritur, inspiciendum esse contendunt (*y*); alii denique, utrum statutum in rem, an in personam conceptum sit, distingui debere existimant (*z*). Sunt contra, qui, divisa unius successionis causa, plura patrimonia et plures hereditates nasci, atque in bonis immobilibus secundum statuta et consuetudines ejus loci, ubi bona sita sunt, in mobilibus vero secundum statuta domicilii, quod defunctus habuit, succedendum esse contendunt, (*a*) quae vulgaris hodie opinio est, in plerisque Germaniae foris recepta (*b*) et apud summa Imperii tribunalia (*c*) approbata. Quodsi in tanto tantorum Ictorum dissensu sententiam dicere licet, nobis quidem firmissimo fundamento niti videtur assertio summi *Cuiacii* aliorumque, quos supra citavimus, nec usu forensi improbata (*d*), scilicet *unam* tantummodo fore intestatae successionis causam, eamque non ex usu populi, cujus in agro praedia, aedes aut fundi hereditarii sunt siti, sed unice secundum *Leges patriae* defuncti sive originis sive domicilii debere definiri. Qui communem hodie opinionem sequuntur, confundere videntur res hereditarias cum ipsa hereditate. Quando de illis inspectio foret, rectius forsan illi rationes subducerent. Jam vero, si verum amamus, hereditas juris nomen est, quod non incurrit in sensus externos, adeoque nec loco ullo circumscribitur, nec territorio ullius clauditur. De hac, tanquam universitate in jure consistente, non de bonis in illa inventis, cognoscit judex, quando de jure personarum, quibus deferri illa debeat ab intestato, dispiciendum illi est. Qui itaque bona hereditaria, non juris saltem universitatem

inspici debere existimant, diverso jure succedi volunt, atque unius plures hereditates esse volunt; contra ac jure receptum est. His rationibus ducti, rem omnem non ex bonis, sed ex persona defuncti, cujus vices hereditas sustinet, recte aestimari putamus: neque etiam argumentis contrariis, quibus niti solent dissentientes, a nostra sententia dimovemur. Verum omnino est, quod dicitur, extra territorium jus dicenti impune non pareri (e); quodsi vero colligendum inde esset, intuitu rerum extra territorium sitarum non posse succedi secundum Leges domicilii vel originis, id profecto sequeretur, quod nec dissentientes volunt, statuta domicilii nunquam ultra territorium recte extendi. Deinde ista regula hoc tantum efficitur, quod iudex jurisdictionem non recte exerceat extra territorium in eos, qui jurisdictioni ejus non sunt subiecti; quod certe stare potest cum illa definitione, quod iudex sententiam recte dicat in personas sibi subiectas, secundum domicilii leges, etiam intuitu bonorum extra territorium sitorum valituram, quamque is, cui bona ista subsunt, sit executurus. Denique et illud animadverti debet, diversa esse: jus in alieno territorio constituere vel dicere, et jure suo uti legibus alieni territorii acquisito. Sed et urget aliud argumentum dissentientium, in quo illi arcem causae videntur posuisse. Ajunt, in rem actionem moveri adversus possidentem in foro rei sitae; hereditatis controversiam terminari debere, ubi domicilium habet, qui convenitur, vel si, ubi res hereditariae sitae sunt, degit; illic, ubi res hereditariae sunt, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti debere. Haec fundamenta ex legibus (f) cum ponuntur, illud adparet, quod ex foro rei sitae successionem hanc adornandam

esse existiment. Quod si verum fuerit, primum inde consequeretur, in mobilibus quoque idem admitti debere; deinde et illud inde adparet, in eo potissimam ejus sententiae vim poni, quod, cum in foro rei sitae de rebus hereditariis recte agatur, de hereditate quoque controversia secundum leges illius fori debeat terminari. Jam vero si admittamus quoque, quod admittendum esse negamus, de singulis rebus hereditariis in determinanda successione intestata quaestionem moveri, non incommode quaerere aliquis posset, cur de successione in immobilia quaestio non aequae ex lege domicilii possit definiri, cum aequae in foro domicilii, quippe generali, de his rebus possit controversia moveri? Sed missis his, praecipua erroris causa in eo posita esse videtur, quod a competentia fori rei sitae concludatur ad necessitatem observandarum legum earum, quibus utuntur cives ejus provinciae, ubi bona sita sunt: quae certe conclusio fieri non debebat, cum plane nihil detrahatur judicis competentiae legibus istis stabilitae: quando jus ei dicendum est secundum leges in alia provincia obtinentes. Quodsi vero in eo loco, ubi bona sita sunt, statutum prohibitorium adsit, quod vetet alienorum statutorum in his causis admissionem, aliter omnino judicandum erit secundum ea, quae supra §. 19. exposuimus, juris principia (g).

(w) in *Tract. de jure primigen. Qu. 46.*

(x) *Cuiac. in Consult. 25. Jac. Curtius 'Εισαγωγή Lib. 1. c. 4. in Thes. jur. Otton. T. V. p. 102. Bartolus ad L. Cunctos 32. C. de summa Trinit. Bachov ad Treutler. Disp. I. Thes. ult. L. E. Hert. Diss. de Collis. Leg. Sect. IV. §. 9. et 40. Reinhardt ad Christin. V. 4. obs. 13. de Puffendorf in Obs. jur. univ. T. I. obs. 28. Ill. Koch in Tract. de Success. ab intestato. Sect. I. §. 14. Plenius hanc causam defenderunt Nettelblatt*

in Diff. de portione conjugum statutaria Lubecensi, c. 5. §. 10. p. 123. et Gotfr. Lud. Menken in Diff. de statutis civitatum provincialium in successione ab intestato ad bona etiam alibi sita secundum jus civile extendendis, in opusc. n. VII His quoque quoad Hereditates clericorum assensit Schilter Inst. jur. Canon. L. 1. art. 18. §. 17. et Boehmer in jure eccl. Prot. L. 3. t. 27. §. 16.

(y) Conf. Tiraquell l. c. n. 2. seqq.

(z) Bartolus ad L. 1. C. de summa Trinit.

(a) Burgund. de Consuet. Flandr. l. 36. Sande Decis. Lib. 4. tit. 8. Def. 7. Voet. ad D. tit. de Success. ab intestato §. 34. Huber ad D. L. 1. tit. 3. §. 15. Coer de Process. execut. P. 1. c. 3. n. 249. seqq. Lauterbach in coll. Pandect. tit. de success. ab intestato §. 52. seqq. Stryk in Tract. de Success. ab intest. Diff. l. c. 4. §. 2. Cocceii in Diff. alleg. tit. 8. Richter de Success. ab intest. in Proem. n. 40.

(b) Carpzov in Defin. forens. P. 3. c. 4. D. 12. ibique Esbach in annot. et in Resp. L. 6. Resp. 39. Berger in Resp. l. 202. 347. Lynker Decis. 162. et 817. Wildvogel Resp. 31. n. 4. Horn in Resp. Cl. 7. R. 38. de Wernker in observ. forens. P. IV. obs. 142. P. III. obs. 237. Hertius in Resp. 260. n. 3. Resp. 323. n. 1. et 328. n. 9. Icti Tubingenses in Vol. Consil. Tubing. II. R. 78. n. 59. vol. IX. Cons. 46. n. 36. seqq.

(c) Testatur de Praxi camerale Gail obs. L. II. 124. Mynjinger obs. Lib. V. obs. 19.

(d) Conf. Fichard Cons. Vol. 2. Cons. 31. n. 9. seqq. Schurff Cons. Cent. 2. Cons. 26. n. 1. Köppen Decis. 31. n. 8. Mevius in Decis. V. 164. Scabinos Lipsienses quoque olim ita judicasse, testis est Carpz. in Resp. VI. 39. et Strauch ad jus Justin. Diff. XI. §. 31. Cf. quoque Berger in oecom. jur. L. 2. tit. 4. §. 46. n. 7. et in Elect. Discept. forens. tit. 45. obs. 6. n. 4.

(e) L. ult. D. de jurisd.

(f) L. 1. 2. 3. C. ubi in rem actio. L. unic. C. ubi de hered ag.

(g) Exemplum ejus rei est in ordin. Camer. Aug. Vindel. a. 1500. edita tit. Die Succession der Diechter oder Enkelns: ubi successio liberorum fratris cum patruo non statuitur tantum, sed etiam, quidquid ex statutis et moribus isti contrarium foret, expresse damnatum est.

§. 27.

Adjungimus successioni ab intestato *successionem conjugum statutarum* sive ex communione bonorum universali descendente, sive eam, quae rationem continet conjugum sic dictae portionis statutariae. Ista conjugum reciproca successio quando statuto definita est, ex his, quae in principio hujus tractationis deduximus argumentis, ad jura pertinet, quae in statuto personali nituntur, quod sc. de jure circa res disponit ex nexu personarum descendente. Quid itaque, si conjux defunctus non in domicilii tantum loco, sed et alibi bona sita relinquat, ubi successio conjugum vel negatur plane vel saltem aliter definita est? Plerique interpretum volunt, superstitem tantum capere, quantum jura loci, in quo bona deprehenduntur, uti in successione legitima, determinant; (*h*) alii ex contractu matrimoniali illud derivantes jus loci, ubi contractus initus est, attendi debere existimant; alii denique contendunt, jus domicilii mariti, in quod transit per nuptias mulier, considerandum esse, atque computato omnium bonorum ubicunque sitorum pretio, quantitatem portionis statutariae coniugi superstiti praestari debere. (*i*) In decidenda hac Doctorum dissensione contra eos amplius non disputamus, qui ad statutum reale hoc, quidquid de successione conjugum statuitur, referendum esse existimant, atque ex eo fundamento causam componere malunt. Videndum ante omnia est, ubi fundamentum statutariae conjugum successionis rectius ponatur, utrum in legis dispositione jus successionis inducente, an ex pacto matrimoniali tacito, etiamsi de hac successione nihil definiente. Nostro iudicio quaecunque elegeris sententiam, jura *domicilii defuncti mariti* in portione statutaria aestimanda et

computanda inspicere debere contendimus. Si quidem ex pacto tacito; jura domicilii mariti consideranda esse, infra docebitur. Sed mallemus nos istam conjugum successionem ex *statuti efficacia*, quam ex pacti taciti potestate derivare, (k) quandoquidem statuto ii quoque parent, qui efficaciter ex pacto non obligantur. Jam vero si ex ipso statuto, secundum quod conjuges contraxisse videntur, cum pactis dotalibus derogare ei noluerunt, recte derivatur ista successio; causa sane in eo esse videtur, ac si de successione ab intestato atque hereditate secundum ejus normam dividenda ageretur: in quo cum spectandum sit ex modo deductis jus domicilii defuncti, quidni idem faciendum putemus in dividendis soluto matrimonio bonis? Neque ideo, si causa ex jure communi decidenda foret, dubitamus, quando v. g. inter conjuges Würtembergicos matrimonium initur, bona quoque extra territorium Würtembergicum sita computanda fore in definienda conjugis superstitis statutaria portione, quidquid deinde legibus ejus provinciae, ubi bona sita sunt, statutum fuerit, modo illud prohibitorium non sit.

(h) *Argentraeus ad Consuet. Brit. art. 218. gl. 6. n. 33. 34. Gail obs. II. 124. Mevius ad jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 10. n. 40. Koepfen Decis. 31. n. 11. Carpz. Resp. P. VI. R. 39. n. 9. seqq. et in Defin. forens. P. 3. C. 20. D. 19. Coler de Process. execut. P. 1. c. 3. n. 242. de Wernher obs. for. P. VI. o. 288. Bardili in D. de success. conjugum §. 40. 41.*

(i) Id argumentum contra Argentraeam persecuti sunt *Burgund. ad Consuet. Flandr. Tr. 1. n. 15. seq. et Rodenburg de jure conjug. Tr. prael. Tit. 2. c. 5. n. 14. 15. Idem sentiunt Molinaeus Cons. 53. Hert cit. Diss. S. 4. §. 40, a Wesel de connubiali bonorum societate Tr. 1. n. 110. seq. Voet. ad Tit. D. de ritu nupt. §. 85. de Puffendorf in obs. jur. univ. T. 1.*

obs. 28. §. 6. *Menken in cit. Diss. §. ult.* Idem statutum videtur *Jur. Prov. Würt. P. 4. tit. 5. §. ferner etc.* quod an recte restringatur ad bona in territorio sita, viderint ii, qui faciunt cum *Besoldo ad l. P. W. p. 4. tit. 5. th. 33.*

(k) cum *Jo. Wilh. Pestel in Diss. de success. conjugum §. 27. et de Cramer in Wezlar. Neben-Stunden, P. 31. Nr. 4. §. 8.*

§. 28.

Transimus ad statuta, quae de *forma actus* alicujus suscipiendi statuunt. Videamus primum de *Testamentis*. Ponamus, Titium de bonis suis condere testamentum, non in loco, ubi sita illa sunt, sed in alio territorio, ubi solennitates aliae in ultimis voluntatibus lege provinciali scripta vel non scripta obtinent; quaeritur, an hoc testamentum effectum habeat ratione bonorum, quae sub alio Principe sita sunt? quaeritur e. g. an testamentum jure Württembergico coram s. testibus conditum valeat quoque intuitu bonorum alibi, ubi majore testium numero opus est, sitorum? Ecce iterum diversas Doctorum sententias. Alii enim neque jus loci, ubi bona sita sunt, neque ubi factum testamentum est, sed jus patriae testatoris unice spectari debere existimant; (l) alii contra unice solennia ejus loci, ubi bona sita sunt, considerari debere ajunt, quo testamentum executioni dari queat (m); alii locum, ubi testator testatus et mortuus est, attendi debere volunt (n); alii in bonis immobilibus statutum rei sitae, in mobilibus contra statutum loci, ubi testamentum factum est, observari volunt (o); alii denique, quorum sententia communi fere interpretum consensu recepta est, ut testamentum effectum habeat quoad bona extra territorium sita, judicari illud debere secundum

solennitates loci, ubi conditum est, contendunt (p). Videmus denuo, quam diversa diversi sentiant, quando ex conjecturis, non ex legum praescripto, res conficitur. Si quidem causa ex jure civili definiri debet, nostra sententia est, quemcunque secundum leges *civitatis suae et patriae*, adeoque vel ejus, ubi *domicilium*, vel ejus, ubi *originem* habet, testari debere, atque testamentum secundum istarum legum observationem confectum ubique locorum valere; ad leges rerum sitarum vero et loci, ubi testamentum fit, et ubi testator mortuus est, non esse respiciendum. Primarium hujus sententiae argumentum in eo positum est, quod nullibi in jure romano constitutum sit, testamentum a cive romano aliove ordinari debere secundum legem loci, in quod illud fit; sed potius id ubique sancitum inveniatur, in conficiendo testamento eam formam observari debere, quae legibus ejus civitatis, cui quis adscriptus est, ordinata est. Ita in jure nostro (q) clare cavetur, *ut valeat testamentum, requirendum esse, an secundum regulas juris civilis sc. civitatis, cui quis adscriptus est, testatus sit.* Ita quoque *Ulpianus in fragmentis* (r) *dedititium* ideo, ait, *testari non posse, quoniam nullius certae civitatis est, ut adversus* (quod secundum *Cuiacii* interpretationem accipiendum est pro *secundum*) *leges civitatis suae testetur.* Quod si verum est, secundum has leges quemque testari debere, neque integrum cuiquam est, privata voluntate ab ista observationis necessitate recedere (s); facile inde conficitur, alium et illo jure improbatum modum effectum fortiri non posse, quod profecto fit, si sufficeret observare solennitates ejus loci, ubi testamentum conditur.

ditur. Quin ut ne dissimilitudo civitatum varietatem juris inducat necesse sit, Romani noluerunt aliquem plus quam unius civitatis esse, cujus legibus unice ille obstrictus esse debeat (*t*). Ex his quoque fundamentis rescripserunt *Impp. Diocletianus* et *Maximianus* (*u*): *si testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valere, si non speciali privilegio patriae juris observatio relaxata est*: haud obscure indigitantes, jus et privilegium patriae normam praebere solennitatum in testamento adhibendarum. Manifestum est ex his, jure Romanorum formam testamentorum unice ex lege civitatis, cui testator adscriptus est, dijudicari, adeoque non recte probari ex eo, testamentum fieri posse secundum formam eo loco, ubi sit, obtinentem. Sed videmus, leges a dissentientibus eam in rem allegari, unde regulam efformant hanc: si lex actui formam det, inspiciendum esse locum actus, non domicilii, non rei sitae. Incautius hanc regulam sequi videntur, qui generalem eam esse existimant, atque ideo universaliter verum esse definiunt, actus omnes in jure valere, modo sint gesti secundum jus loci, ubi peracti sunt, adeoque et testamenta secundum eam formam confecta consistere. Scilicet veram hanc regulam existimamus esse jure civili in actibus juris gentium, veluti contractibus, quae tanquam negotia privata ex legibus loci contractus aestimantur, eo quod in loco, in quo contrahunt, de negotio secundum istius loci jura ineundo tacite consensisse censeantur; quae vero expresse vel tacite placuerunt paciscentibus, ea jus faciant inter partes, quod judex judicando sequi tenetur. Et huc pertinet, quod dicitur (*w*):

pro evictione cavendum esse ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est; matrimonium iniri juxta solennitates ejus loci, ubi sponsus et sponsa commorabuntur etc. Negamus vero, idem obtinere in iis actibus, qui jure civili reguntur, quorumque forma jure isto determinatur, quae dispositione privatorum mutari neutiquam potest. Huc referri debent testamenta, quorum forma hanc ob causam ex analogia actuum juris gentium dijudicari non potest: idemque obtinet in *arrogationibus*, quas non nisi secundum jus civitatis, ubi quis vivebat ut civis, fieri potuisse, *Cicero* (x) auctor est. — Quod vero *Schultingius* l. c. contendit, si non jure Romanorum, hodie tamen testamentum factum secundum jus loci, ubi conditum est, ubivis, ubi non obsunt specialia jura, vim suam sortiri debere, quia jus testamentorum non ita restrictum sit hodie, ac quidem jure Romano, ad solos cives, ac sic considerari testamentum debeat hodie tanquam actus aliquis juris gentium, quales in jure civili judicantur secundum jus loci, in quo sunt celebrati; atque re ita considerata cum ratione juris civilis optime convenire illam, quam vulgo hodie tenent, sententiam, supremarum curiarum auctoritate confirmatam; id quidem asserto isto unice nititur, quod hodie testamentum sit actus juris gentium, simulque omnis ista differentia sublata esse censi debeat, quae jure civili inter actus juris gentium et civiles constituta fuit: quod certe inde non sequitur, etiamsi concedamus hodie testamentifactionem activam non amplius ad cives Romanos adstrictam esse. Sunt tamen actus, quorum formam non negamus juxta normam loci, ubi fiunt, debere judicari; sc. ii, qui magis ex jure genti-

um dijudicantur, quam ex juris civilis subtilitate.

(l) *Cujac. Consult. 25. in Qu. 10. et in obs. XIV. 12. Schulting in Jurispr. Antejustin. ad Ulp. Fragm. Tit. 20. §. 14. et 48. Schilter in Exerc. ad Pand. de jure obsid. c. 9. §. 4.*

(m) *Burgund. ad Consuet. Flandr. Tr. 6. Christinaeus ad Leges et Decis. Cur. Mechlin. T. 17. n. 10.*

(n) *Köppen Dec. 31. n. 25.*

(o) *Busius ad L. 6. D. de Evict. n. 14.*

(p) *Voet. de Statut. Sect. 9. c. 2. §. 1. 2. Jo. Voet ad D. tit. de Statut. n. 3. Vinnius in Quaest. jur. sel. II. 19. a Sande Decij. Fris. Lib. 4. tit. 1. Def. 14. Cocceii D. de fund. in territ. potestate tit. 6. §. 1. Carpzov Def. for. P. 3. C. 6. Def. 12. et in Resp. R. 1. Icti Tübingenses in Collect. 1. Conf. T. 1. Conf. 41. De usu Camerae Imp. testantur Mynsinger obs. V. 20. Gail obs. II. 123. Gylmann in Symphor. T. 5. P. 2. tit. 4. et 3. de Cramer in obs. Jur. Univ. T. II. obs. 553.*

(q) *L. 4. D. qui testam. fac. poss.*

(r) *Tit. 20. §. 14. ap. Schulting. c. 1.*

(s) *L. 3. D. qui testam. fac. poss.*

(t) *Cicero pro Balbo. cap. 13.*

(u) *in L. 9. C. de Testam.*

(w) *in L. 6. D. de Evict.*

(x) *Epistol. famil. Lib. 13. Ep. 19.*

§. 29.

Ultima denique quaestio redit ad illud statutorum genus, quae non praecipiant vel prohibent quidquam fieri, sed simpliciter disponunt, quid in

hoc vel illo casu obtinere debeat, quando dispositione privatorum aliud quidquam expressum non est; ideoque contradistingui solent statutis praeceptivis et prohibitoriis, dispositionem privatorum contrariam plane non admittentibus. Ita v. c. mere dispositivum statutum erit, quod disponit, non introduci per nuptias communionem inter conjuges, conjugem conjugis defuncto non succedere. Hoc enim juris erit, dum conjuges contrarium non voluerint obtinere inita peculiari conventionem, dummodo cautum non fuerit, non posse nuptiarum occasione inter conjuges communionem esse aut testamentariam dispositionem. Posito jam ejusmodi statuto mere dispositivo, haec ad argumentum nostrum pertinebit quaestio, an istius statuti efficacia porrigatur quoque ad bona alibi sita: vel clarius: quatenus privati, quorum contraria dispositione derogari ei poterat, neque tamen derogatum actu fuit, tacita praesumptive voluntate illi stare voluisse censendi sint, et quatenus tacita ista vel praesumpta adprobatio ad res extra territorium, ubi aliud plane statutum obtinet, sitas porrigi debeat nec ne? Addamus exempla. An bonorum communio, quae in loco domicilii contrahentium nuptias ex statuto viget, ad omnia bona se porrigat, etiam in iis locis sita, ubi communio ista bonorum ignota est vel contra; an, si communio bonorum non obtinet, ubi matrimonium ineuntes domicilium foris, nec obtinere illa debet in iis locis, ubi eadem lege stabilita est? Denuo digladiantur interpretes. Plerique volunt locum domicilii praevalere, eo quod quisque in dubio censetur in contrahendo conformare se voluisse domicilii sui statutis (*y*); alii distingui volunt inter res mobiles et immobiles, illasque a domicilii,

has a loco rei sitae legibus regi statuunt (2); sunt denique, qui locum initarum nuptiarum inspicere sibi persuadent. Nobis, quod ad propositam modo quaestionem attinet, haec sedet sententia, tam in immobilibus ubicunque locorum sitis, quam in mobilibus solum oportere attendi legem *domicilii mariti*, in quod mulier per nuptias transitura est, quotiescunque lex extranea impedimento non est, vetando contrariam privatorum dispositionem; quo quippe casu amplius quaestio esse nequit de voluntatis conjectura. Efficitur id tacita conjugum pactio, qua quod potuissent pactis dotalibus improbare statutum, agnovisse videntur: quandoquidem generatim lege Romanorum cautum est, si non adpareat, quod expresse statutum fuerit inter contrahentes, id observari debere, quod in regione, in qua contractum est, frequentatur; non id, quod obtinet in regione, in qua unaquaeque res illa sita est, circa quam initur contractus (a). Omnis itaque vis hujus ratiocinii in tacitae voluntatis conjectura posita erit, cujus profecto idem effectus est, ac si expresse conjuges de bonis extra territorium sitis inter se disposuissent, quod integrum illis omnino erat, dum prohibitio non adest, quo minus ita paciscantur. Erit itaque in omni contractu ad locum, ubi initus ille est, respiciendum: ac speciatim, quod causam matrimonii attinet, ad locum, ubi conjuges contraxisse videntur sc. eum; *in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura* (b); ut, quod in isto loco jure obtinet, recte quoque ad bona alibi sita porrigatur.

(y) *Molinaeus Conf. 53. Rodenburg l. c. tit. 2. c. 2. §. 5. a Wesel de connub. bon. societ. n. 110. seq.*

Jo. Voet ad D. Lib. 23. tit. 2. §. 85. Lauterbach
in Diss. de Societ. bonor. conjug. c. 2. §. 10. G. L. Boeh-
mer in D. de jurib. et oblig. conjug. superstit. ex commun.
bonor. unu. §. 9.

(2) Voet Tr. de famil. ercisc. c. 4. n. 19. seq. Weyer
de commun. bonor. th. 7.

(a) L. 34. D. de Reg. jur. L. 1. pr. D. de usur.

(b) L. 65. D. de judic.

D e P r a e r o g a t i v a
p i g n o r u m p u b l i c o r u m.

Rp. L. Secretan.

Tub. 1780.

De Pictura

publicorum

Ap. I. G. G. G.

Tab. I. G. G.

ARGUMENTUM.

I.) Introitus. §. 1.

II.) Notiones Generales

a) Pignoris et Hypothecae. §. 2.

b) Specierum pignoris,

1) *Necessarii et Voluntarii* §. 3.

2) *publici et privati*, *cujus notiones*, *prae-*
missa doctrina de instrumentis publicis et pri-
vatis, §. 4. *constituuntur* §. 5.

III.) Principia juris *de praerogativa pignorum pub-*
licorum prae privatis, et quidem,

A.) *Ex Jure Romano*, ubi

1) *de Sensu et ratione* L. 11. C. *qui pot.*
in pig. tum

a) *quoad primum* ejus Caput, *si sc. perso-*
nalis actio exerceatur, §. 6. *tum*

b) *quoad secundum* Caput, *si jus pignoris*
potius contra concreditorem asseritur.
§. 7. 8. 9. 10.

2) *de effectibus* Constit. Leoninae *in ordinan-*
dis diversis pignorum speciebus;

a) *in concursu Lege expresso* pignor. *con-*
ventionalium publicorum cum privatis,
§. 11.

b) *in concursu pignorum*, *quae in ratione*

Legis *tacite* continentur cum publicis,
(§. 12.) scilicet

1) pignoris *Testamentarii*. §. 13.

2) ejus quod per *testes* v. *alio modo* legitime probatur. §. 14.

3) *Praetorii* et *Judicialis*; §. 15. denique

4) *Legalis*. §. 16. 17. 18. 19. 20. 21.

3.) *Recensio* haftenus dictorum. §. 22.

B.) Ex principiis *Juris Statutarii* de pignore
publico, Magistratus auctoritate constituto, vel
libro publico inserto; §. 23. ubi exponuntur

1) *natura* istius pignoris, §. 24. 25. 26. 27. et

2) principia juris de *concurso* ejus cum di-
versis pignorum Romanorum speciebus.

§. 28. 29. 30.

De Praerogativa Pignorum Publicorum.

§. 1.

De Praevogativa pignorum publicorum tam frequens inter recentiores praecipue Legum interpretes est dubitatio, ut in hoc argumento tot fere habeantur sensus, quod capita. Antequam autem variorum varias sententias exponamus et ad arduam illam intricatamque quaestionem, pro themate hujus speciminis deveniamus, operae pretium nos facturos esse duximus, si paucis de pignoribus in genere praemissis, inter eorum diversas species, quarum in subsequenti tractatione mentio fiet frequentior, certos posuerimus limites. Etenim haud infecundus in hac pignorum materia errorum fons fuit, quod inter illos, qui operam in distinguendas varias pignorum Classes contulerunt, alii uni eorum Classi idem nomen, quod alteri ad aliam insigniendam antea adhibuerant, imposuerint: quod non sine periculosa notionum confusione principiorumque permixtione accidisse, nemo non videt.

§. 2.

Pignus in latiori sensu acceptum, et quatenus *jus creditoris* isto nomine designatur (*rem enim ipsam oppigneratam, nec non contractum pignoris causa inter creditorem et debitorem initum, pignoris nomine in Legibus romanis aliquando venire, neminem latet*) ita definitur, quod sit *jus reale creditori in securitatem crediti concessum*. Duae autem hic comprehenduntur species. *Pignus stricte*

sic dictum, in quo possessio rei oppignoratae mobilis vel immobilis ad creditorem transit, et *Hypotheca*, cujus hoc proprium est, quod possessio rei apud debitorem remaneat. Hac vero insuper habita differentia, quippe a nostro instituto plane aliena, utrumque vocabulum in sensu generaliori in sequentibus pagellis indistincte adhibebimus.

§. 3.

Respectu ad *causam efficientem* habito, pignus est v. *necessarium* v. *voluntarium*. (a) Illud sine debitoris consensu et illo quoque invito, hoc non nisi debitoris voluntate constituitur. Descendit id v. ex ipsa Legis dispositione, v. ex Magistratus auctoritate. Unde Pignus *Legale* v. *Tacitum* (b) et *Praetorium*. Hoc in *Praetorium* in *specie* et in *Judiciale* iterum subdividitur. Illud concedit Praetor, creditore in possessionem bonorum debitoris, coercendae contumaciae causa, missio (c); hoc vero in bonis debitoris condemnati, iudicati exequendi causa, victori competit. (d) *Voluntarium*, prout ex Testamento, v. Conventione oritur, est v. *Testamentarium* v. *Conventionale*. Conventione expresse inita, pignus *Expressum* dicitur. Si vero ex factis concludentibus res suas obligare voluisse quis praesumitur, pignus *Tacitum* audit. (e) Ita v. c. pignus tacitum constituit, qui instrumento, in quo bona sua obligantur, subscribit, vel qui fideiubet, cum sciat res à debitore pignori datas esse. (f)

(a) Probat hanc distinctionem doctrinae causa inventam *Baldwinus de pign. et hypoth. c. 3.*

(b) Justinianus in *L. 1. C. Commun. de Leg. Tacitum* definit, quod nullo verbo praecedente ab ipsa Lege inducitur.

- (c) L. 12. ff. pro empt. L. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. L. 1. 2. C. de praet. pign.
 (d) L. 15. §. 2. ff. de re judic.
 (e) Cave, ne quorundam errore deceptus hoc *pignus tacitum conventionale* cum *Legali*, quod *taciti* quoque nomine venit, confundas. Illud enim e consensu quodam praesumpto seu potius tacito eruitur; hoc vero nititur jure quodam singulari, in casu speciali a Legibus concessio, ut consensus debitoris nulla plane ratio habeatur.
 (f) Plura exempla habet *Hertius* in *Diff. de pignore conventionali tacito*.

§. 4.

Sequitur jam illa pignorum distinctio, quae potissimum ad instituti nostri rationem pertinet et in qua recte stabilienda praecipuus ejus cardo vertitur, sc. in *publica* et *privata*. Fundus distinctionis est in celebratissima Constitutione Imp. Leonis seu *Leg. XI. Cod. qui potiores in pignore*, quam, ut plenissime in fronte statim tractationis nostrae de ea re omni constet, integram oculis lectorum subjicimus.

Imp. Leo Erythrio (al. Antiolo) praefecto praetorio.

„*Scripturae, quae saepe assolent a quibusdam*
 „*secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne,*
 „*transigendi vel paciscendi, seu foenerandi vel*
 „*societatis coeundae gratia, seu de aliis quibus-*
 „*cunque causis vel contractibus conficiuntur,*
 „*quae ἰδὲ καὶ graece appellantur: sive tota se-*
 „*ries earum manu contrahentium vel notarii*
 „*vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum*
 „*tamen habeant subscriptiones: sive testibus ad-*
 „*hibitis, sive non, licet conditionales sint, quos*
 „*vulgo tabularios appellant, sive non, quasi*

„publice conscriptas (al. subscriptas) si perso-
 „nalis actio exerceatur, suum robur habere de-
 „cernimus. Sin autem jus pignoris vel hypo-
 „thecae ex ejusmodi instrumentis vindicare quis
 „sibi contenderit: eum qui instrumentis publice
 „confectis nititur, praeponi (decernimus) eti-
 „am si posterior is contineatur: nisi forte pro-
 „batae atque integrae opinionis trium vel am-
 „plius virorum subscriptiones eisdem idiochiris
 „contineantur: tunc enim quasi publice confecta
 „accipiuntur. (al. aperiuntur.) Dat. Kal.
 „Jul. Constantino Martino et Zenone Coss.“
 (A. C. 469.)

Nemo non videt, Imperatorem Leonem in hac lege totum in eo esse, ut definiat causam eorum, qui, dum actionem vel personalem vel realem, ad vindicandum jus pignoris sive hypothecae comparatam instituunt, assertioni suae fidem, scripturis vel instrumentis aut *secrete* s. privatim, aut *publice* vel *quasi publice* confectis, conciliare nituntur. Postulat itaque instituti ratio, ut, quid Romani his denominationibus significaverint, videamus.

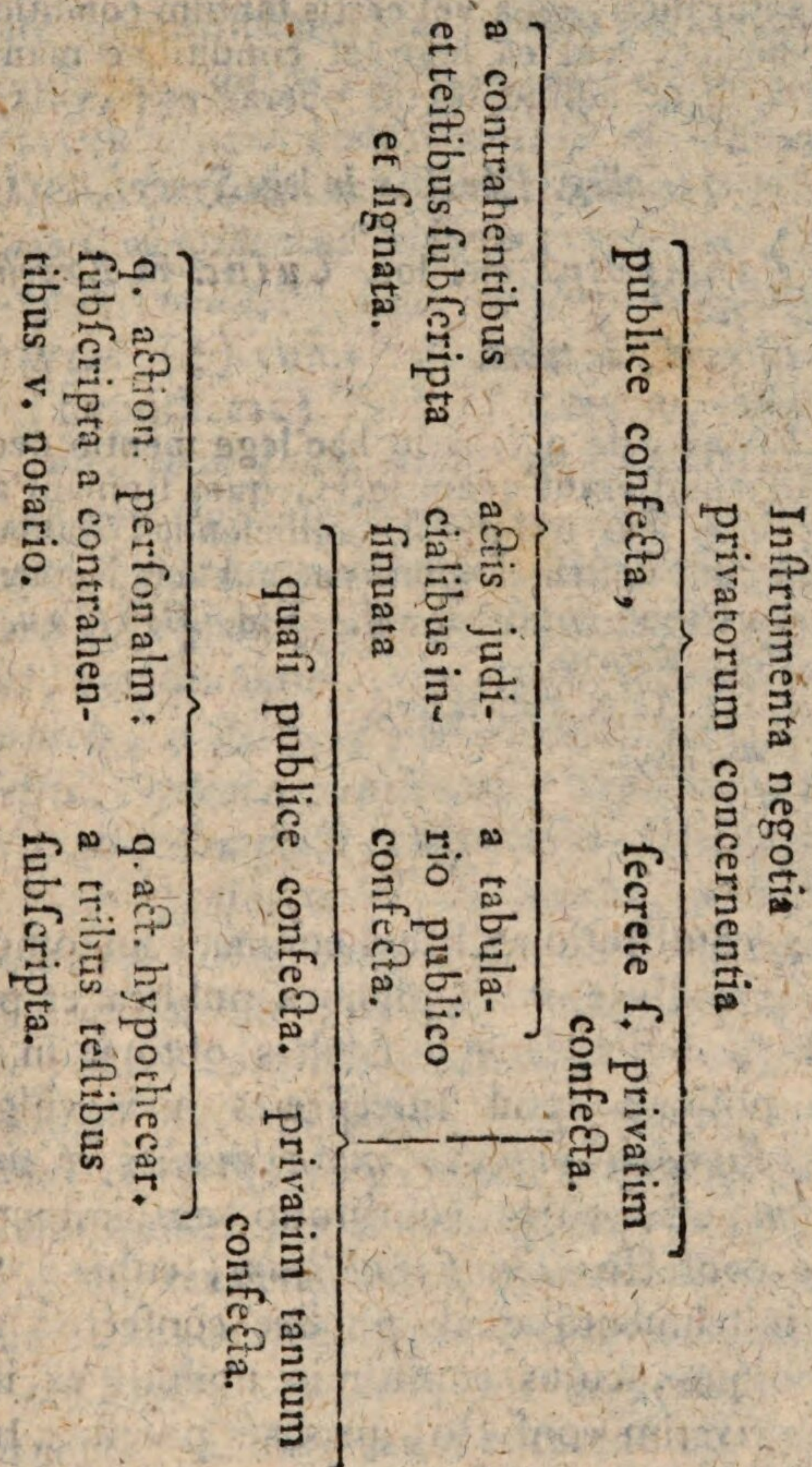
I.) Quatenam autem instrumenta *publice confectorum* appellatione contineantur, nonnisi sollicita temporum distinctione explicari potest. Etenim 1) solemne erat Romanis, instrumenta s. scripturas, quibus iudici fides fit de intentione aliqua, a contrahentibus et testibus non subscribi tantum, sed et signari, (g) eaque signa deprehendendae veritatis causa inquirebantur. Ubi vero contrahentes scribere nesciebant, virorum negotiorum peritorum utebantur opera. Dicti illi sunt *ἀγογράφοι* vel *συμβολαιογράφοι* i. e. forensium rerum periti, vel tabularii seu contractuum scriptores: (h) atque in

foro stationes habebant, in quibus contrahentibus instrumenta dictabant, sique ob negotiorum multitudinem ipsis vacare non poterant, vicariam aliorum operam in scribendis instrumentis adhibebant. (i) Scribebantur quoque talia instrumenta a servis reipublicae, ad hoc ipsum comparatis, qui tabularii *conditionales* vocabantur. (k) Quae itaque contrahentium ac testium cum subscriptiones, tum signa, atque a tabulario confecta hujus quoque subscriptionem haberent, instrumenta *publice confecta* et *ἀγοαῖα* seu forensia appellabantur. 2) Cum vero mortuo tabulario et testibus, a quibus rei veritas exquiri posset, omni fide destitueretur instrumentum ita confectum, adeo ut necesse tunc esset ad comparationem literarum tabularii, contrahentium et testium recurrere, (l) eo deventum est, ut *publicaretur* instrumentum, sc. consensu contrahentium, vocatis antea testibus, qui subscriptiones et signa agnoscerent, actis insinuaretur, apud quos et quibus auctoribus res in acta publica referuntur, veluti apud magistratum census vel magistratus municipales vel defensores plebis, (m) quo facto perpetua illi, tanquam monumento *publico*, conciliabatur fides. 3) Denique vero, cum auctoritate Principis aut Praefecti praetorio, quidam eligerentur *Tabularii*, qui acta publica scriberent, instrumentis quoque ab his confectis vis et efficacia instrumentorum publicorum dari coepit, (n) modo forma a legibus praescripta servata et testium, instrumento a Tabellione adscribendorum, legitimus numerus adhibitus fuerit.

II.) Quae autem inter ipsos contrahentes sine testibus et signis, nec non sine fide auctoritateve publica, confectae erant scripturae, *ιδιόχειρα* seu *αὐτόχειρα*, (o) instrumenta seu scripturae *privatae*,

quaeque *secrete* fiunt, dicebantur: siue manu contrahentium vel Notarii, (p) vel cuiuslibet alterius, scripta fuerint, ipsorum tamen habeant subscriptiones; siue testes adhibiti sint siue non. (q) Tale instrumentum cum ex scriptione vel subscriptione rei fidem acciperet, facile apparet, si is negaret a se illud scriptum esse vel subscriptum, probatione opus fuisse, illius esse manum; quod, cum aut testibus fieri deberet aut literarum comparatione, Justinianus numerum testium, qui ad finem istum obtinendum instrumenti confectioni adhiberi deberent, nova constitutione definivit. (r) Sed et, quod maxime ad institutum nostrum pertinet, Imp. Leo in alleg. Constitutione quasdam instrumentorum privatorum species denominat, quas *quasi publice* confectas robur suum habere decernit, hac servata distinctione, ut 1) si *personalis* actio exerceretur, instrumentum privatum, siue manu contrahentium v. notarii vel alterius cuiuslibet scriptum fuerit, modo eorum habeat subscriptiones, isto nomine quasi publice confecti veniret; quando vero 2) aliquis *jus pignoris* vel *hypothecae* ex ejusmodi instrumento (sc. privato, quod supra *ιδιόχριστον* appellaverat) vindicare contenderet, illud tantum instrumentum, quod probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones contineret, pro quasi publice confecto haberi deberet. En tabulam, quae plures instrumentorum species, quibus Romani utebantur, uno obtuitu referret:

Instrumenta



(g) Testimonia ejus rei habentur apud. *Guid. Pancirolium* in *Thesaur. variar. lection.* L. 1. c. 26.

(h) *Nov.* 73. §. *si vero.*

(i) *Nov.* 44.

(k) Varias conjecturas, unde hi tabularii nomen *conditionalium* acceperint, vid. ap. *Prateium* in *Lex. Jur.* et ap. *Brisson.* de *V. S.* Probabilis est *Heineccii* in *not. ad Briss.* conjectura, cui ita

videntur dicti, quia vel certis tantum conditionibus ferviebant, vel ea lege et conditione manumissi fuerant, ut adhuc certas operas et servitia praestarent.

(l) *Nov. 73. alleg. Psellus in leg. Synops. vers 1209. sqq.*

(m) *Pancirolus cit. loc. Cuiac. in Exposit. Novell. 73.*

(n) *L. 3. C. de tabul.*

(o) *Nov. 49.*

(p) *Notarii*, de quibus in hac lege mentio occurrit, nihil aliud erant quam servi, quos Romani ad domesticas suas scripturas conficiendas adhibebant; ideo cum nostris hodiernis ac publicis Notariis nullatenus sunt confundendi. Vid. *Brissson. de V. S. Voc. Notarius.*

(q) *L. 11. C. q. pot. in pig.*

(r) *Nov. 73.*

§. 5.

Ex constitutione hac Leonina cum omnis ratio praerogativae inter pignora publica et privata derivetur, nulla fane difficultas obtinet in efformanda notione apud Interpretes juris vulgo recepta, *Pignoris publici, quasi publici et privati. Publicum* est, cujus constitutio ex instrumento publice confecto; *Quasi publicum*, cujus constitutio ex instrumento quasi publice confecto; *privatum* denique, cujus constitutio nonnisi ex instrumento privatim confecto, probari potest. Intelligitur ex his, omnes istas notiones nonnisi a *forma instrumenti*, qua probatur pignoris vel hypothecae constitutio, recte deduci. Qui secus faciunt, diversa confundunt, ac Imperatori Leoni, praerogativam pignoris publici prae privato definienti, notiones substituunt, quas nunquam cogitavi ille. Praesto est *Leyserus* (a) quique eum sequitur *Hellfeld* (b) qui argumento quodam, ex

affinitate quadam cerebrina verbis potius quam rebus constante, ducto, hypothecas tacitas publicas esse ait, quia „jus quod lex ipsa et auctor ejus, „Princeps, constituit, non minus publicum sit, quam „id, quod magistratus inferior, minister Legis et „Principis, condit.“ Rem rectius declaravit I. H. Boehmer. (c) cujus verba sic se habent. „Publicae (hypothecae) sunt 1) ratione causae efficientis, quae non facto debitoris ejusque consensu, „sed vel per legis dispositionem, quod in legalibus „s. tacitis hypothecis contingit, vel facto judicis solo, cum in pignore praetorio et judiciali deprehendimus, constituuntur, neque adeo ab aliis privatis „hypothecis, a debitore per conventionem privatam „confectis, ratione praelationis differunt, sed ex „praerogativa temporis collocantur: Deinde 2) publicae sunt hypothecae conventionales, a modo constituendi ita dictae quod ipsius debitoris consensu, „publica auctoritate et fide constituentur, instrumentisque publice confectis nitantur, ut dicitur in L. „II. C. qui pot. in pign. et a privatis conventionalibus in eo differunt, quod hae secrete fiant inter contrahentes per privatam scripturam.“ Periculosa sane res est, rebus diversis nomen idem imponere, idque saepissime mentes non satis providas confundit: ideoque nos hypothecas, quas Boehmer. publicas ratione causae efficientis appellat, *necessarias*: et eas tantum, quas ratione modi constituendi tales esse ait, *publicas* ex mente Leoninae constitutionis vocabimus.

(a) in Spec. ad Pand. 226.

(b) in Diss. de praerogativa hypothecae publicae tacitae aequae ac expressae competente. §. 9.

(c) in Diff. *de praerogativa hypothecarum publicarum*, quae inserta est *Eius Exerc. ad Pand. Tom. 3. Ex. 60.*

§. 6.

Exposita ex mente Romanorum pignoris publici privatique notione, jam in ipsa principia, quibus secundum Leoninam constitutionem definitur pignoris publici prae privato praerogativa, tutius inquirere licet. *Primum* istius Constitutionis caput, quod inde a verbo: *Scripturas* procedit et verbo: *decernimus* finitur, de concursu creditorum pignoratitiorum jus hypothecae actione reali vindicantium, nihil plane definit, adeoque summatim tantum illud recensere propositum nobis est. Edicit sc. Imperator, scripturas privatas inter contrahentes confectas, *suum robur habere*, si personalis actio exerceatur, sive a partibus ipsis, vel a Notario, vel a tertio quocunque scriptae fuerint; sive testes, etiam *Tabularii* adhibiti fuerint sive non, veluti ac si publice conscriptae fuissent, modo contrahentium muniantur subscriptionibus. Haec autem dispositio non nisi ex principiis universalibus emanat. E sola enim debitoris subscriptione elicitur ejus confessio, validissima contra eum probatio; modo tamen agnoscat debitor se subscripsisse; alioquin ipso negante, ad testes comparationemque litterarum creditori recurrendum erit. Etenim Leo Imperator (ut id obiter notemus) omnem fidem tali privatae subscriptioni contra debitorem adhiberi, minime statuit, sed id tantum, quod tale instrumentum *robur suum* habeat, id est, robur, quod per Leges, suamque propriam naturam obtinet. Ubi vero suam manum agnoscit debitor, ex confessione propria ita convictus, nihil

habet, quod creditori, actione personali contra eum agenti, opponat. Nec ullum porro discrimen inesse videtur, si actione *reali*, hypothecaria forte, contra ipsum debitorem experiatur creditor, cum in utroque casu eadem adsit Legis ratio. (a)

(a) Idem statuunt Doctores citati apud *Gabriel*, in *conclus. jur. L. 1. Conclus. 9. §. 2.*

§. 7.

Sequitur *alterum* Constitutionis Leoninae caput, quo praerogativa pignoris publici et quasi publici prae privato hoc modo definitur: ut creditores, qui in vindicando jure pignoris seu hypothecae nituntur 1) instrumentis publice confectis et 2) Idiochiris trium vel amplius virorum probatae atque integrae opinionis subscriptionis munitis, quae quasi publice confecta accipiuntur, praeponi debeant creditoribus, qui Idiochiris tantum fundantur, etiam si illi posteriores, sc. tempore, contineantur. Quantumcunque in aprico sit, derogari hac constitutione regulae generali de praerogativa pignorum ex temporis prioritate constitutae, ita sc. ut pignus publicum tempore posterius, pignori privato, tempore anteriori, debeat praeferrī: de rationibus tamen hujus dispositionis non omnibus res aequae expedita videtur, unde in has sollicitiori studio inquirere operae pretium est.

§. 8.

Primum quidem in eo dissentiunt juris interpretes, unde in Constitutione Leonina praerogativa pignoribus publicis et quasi publicis prae privatis concessa debeat derivari. Alii enim et quidem plerique Doctores privilegium quoddam vel jus singulare publicis pignoribus prae privatis ab im-

peratore impertitum fuisse contendunt, atque Constitutionem Leoninam pro antiqui juris correctoria reputant. Aliis vero nequaquam nova et correctoria, quin potius veteris juris confirmatoria, si a forma instrumentis quasi publice confectis praescripta discefferis, esse videtur. Neque vero ista lis componi facile potest, nisi inspecto jure antiquiori, quod sc. ante tempus Leoninae Constitutionis in definienda pignorum relatione et praerogativa obtinuisse, ex ipsis Legibus vel saltem argumentis earum demonstrari potest.

§. 9.

Est vero regula juris prisca et evidentissimi, pignorum inter se praerogativam, excepta causa privilegii, ex temporis prioritate debere aestimari, ita ut prius tempore potius quoque sit jure; sive necessarium sit sive voluntarium. Ita pignus legale cum conventionali pari passu ambulare, argumento est, quod is, cui fundus expresse est obligatus, reipublicae, hypothecam posteriorem sive expressam sive tacitam habenti praeferatur; (a) imo quoque ex eadem ratione jure constitutum est, „*si et jure judicatum et pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potest, (sc. judiciale.) captum est, privilegiis temporis fore potiores heredem ejus, in cujus persona pignus constitutum est.*“ (b) Quodsi vero certum omnino est, creditorum de praerogativa juris pignoratitii inter se contendentium, causam potiores regulariter ex temporis, quo pignus aliquod constitutum est, privilegio definiri; illud quoque omnidubitatione expeditum est, quod is creditor, qui cum altero creditore de praerogativa juris pignoratitii contendit, non tantum de eo, quod sibi

jus pignoris legitime constitutum sit, sed et de tempore, quo id contigit atque ex cujus prioritate is alteri vult praeferrī, fidem, per media probandi legitima, testes sc. vel instrumenta, facere teneatur. Unde v. g. qui pignore aliquo legali nititur, non tantum existentiam illius debiti, in cujus securitatem pignus a legibus constituitur, instrumentis vel testibus probare necesse habebit, sed etiam tale debitum hoc illo tempore contractum fuisse: idem et obtinebit in eo, qui in actione hypothecaria contra creditorem posteriorem instituenda, conventionem ea de re cum debitore initam pro se adducit. Quid, quantumque in probatione ita suscipienda testibus efficiatur, nihil attinet dicere, cum ex principiis juris generalibus id facile queat dijudicari: videamus de instrumentis. Quodsi fides de constituto pignore adversus debitorem negantem tantum facienda foret, id productione instrumenti quod is scripsit vel subscripsit, quodque plenam ideo adversus debitorem probationem praebet, facile obtineretur. Sed adversus creditorem, quem ex temporis praerogativa vincere vult alter creditor, ista debitoris confessione, quae in scriptura inter contrahentes secrete et privatim confecta continetur, nihil omnino efficitur. Quid itaque? opus esse videtur tali instrumento, cujus forma omnem fraudis atque collusionis inter debitorem et creditorem factae suspicionem everteret, atque ideo plenam adversus creditorem posteriorem probationem suppeditaret. In eo cum constet instrumenti publice confecti vis et auctoritas, falli nos non putamus, si ex hisce juris principiis, pignoris quod ex instrumento publice confecto vindicatur, praerogativam prae eo, quod privati tantum instrumenti fide nititur,

derivari legitime posse, existimemus. Jure itaque contenditur, omnem istam pignoris publici prae privato praerogativam proprie loquendo, neque regulae communi de prioritatem temporis proficua derogare, neque singulari aliquo privilegio inniti, sed ex communibus, de probatione adversus creditores concurrentes facienda, ita pendere principiis, ut, modo quis in concursu cum alio concreditore, plenam de jure ipso pignoris et praefertim de tempore ejus constitutionis, fidem facere queat, nihil referat, an pignus legale aut praetorium, vel voluntarium, testamentarium, seu tandem conventionale habeat, nullusque hac in specie, an conventioni accesserit scriptura nec ne, respectus habeatur. (c)

(a) L. 4. C. qui pot. in pign.

(b) L. 10. D. qui pot. in pign.

(c) L. 4. D. de pign. „Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscitur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae, nec ad rem pertinet, quibus fit verbis; sicuti est, (et) in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. et ideo sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem. sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.“

§. 10.

Ex his sane principiis adornasse videtur Constitutionem suam Leo imperator. Oppido is non tam ad internam pignoris constituti qualitatem, quam potius ad diversam instrumentorum publicorum et privatorum, quibus demonstrari queat pignoris constitutio, fidem respexit, ita ut magis jus

antiquum de instrumentorum fide confirmasse et quodammodo determinasse, quam jus plane novum introduxisse nobis videatur. Statuit enim Imperator, idiochiris sive instrumentis privatim et secrete inter creditorem et debitorem confectis, nihil plane probari posse de potiori jure adversus creditorem posteriorem, qui jus pignoris sibi concessum instrumentis publice vel quasi publice confectis probare queat. Cum vero illud instrumentorum genus praesumptionem fraudis prae se ferat, sicque vix ullam mereatur fidem (quam facile enim ad incitas redactus vel bonis lapsus debitor, a creditore damni vitandi cupido, etiam vilissimo pretio ad id, ut praelato die hypothecam dolose ei constituat, allici potest?) haec vero publice conscripta vel trino teste classico corroborata veritatis et imprimis certitudinis apodicticae argumentum per se praebeant: vestigiis fane juris antiqui instituisse dici potest Imperator, qui, ut furtivis nequitiis et collusionibus debitorum cum creditoribus in necem aliorum factis viam penitus occluderet, pignora instrumentis publice vel quasi publice confectis munita, illis, quae privatorum tantum instrumentorum fide consisterent, voluit praeferri.

§. II.

Tantum de ratione legis hujus *Scripturas*. Jam de ejus *effectibus* in ordinandis diversarum pignorum classium, inter se collidentium, praerogativis solliciti, ad caput ipsum quaestionis progredimur. Et primum quidem, si de concursu Pignorum *conventionalium publicorum cum privatis* quaeritur, haec procul dubio ex verbis plus quam disertissimis hujus Legis tenenda venit regula; quod

scilicet hypothecae privatae publicis et quasi publicis indistincte postponentur. Quae regula cum ita generaliter in Lege tradatur, nulla omnino ratio adparet, cur idem obtinere non debeat, five *simplex* sit illa privata hypotheca, five inter illas, quae a Legibus *privilegium* quoddam singulare acceperunt, referatur. Nam tantum abest, ut creditor, privilegio praelationis prae aliis hypothecariis gaudens, de jure suo hypothecae docere non teneatur, quin potius eo plenius et evidentius de illo fidem facere debet, quod tale privilegium, respectu aliorum creditorum subsequendum, pro odioso meritò habeatur. Ita nimirum is, qui eo, quod pecuniam in praedium emendum credidit, privilegio praelationis utitur, ideoque creditori alicui publicum pignus habenti praeferri vult, scripturam privatam pro se allegare nequit, sed aliis indubitatis mediis probare tenetur, quod illud sibi obligari caverit. Eodem modo fidem facere debebit creditor, qui pecuniam ad emendam militiam mutuo dans, nedum hypothecam, sed et prioritatem ante omnes alios in illam sibi reservat, propter Nov. 97. C. 4. In hac vero constitutione illud occurrit admodum singulare, quod, ut illa creditoris propter causam militiae summe privilegiata hypotheca, contra mulierem, pignus legale ratione dotis in bonis mariti obtinentem, valeat, scriptura publica vel quasi publica, seu testibus subscripta, praecise requiratur, ita ut non tantum privata hic reprobetur scriptura, sed etiam hujus hypothecae constitutio per testes probari nequeat.

§. 12.

Quodsi vero res quoad concursum pignorum

publicorum et privatorum inter se, ab omni dubitatione expedita videtur, longe aliud dicendum erit de illorum collisione cum aliis pignorum speciebus. Etenim cum hic altum sit in Lege nostra silentium, permultas exinde difficiles ac apud primi subsellii Doctores diversimode decidas, enasci quaestiones, nemo facile negabit. Quid enim juris erit de prioritatem *publicarum* hypothecarum praetestamentariis vel conventionalibus, testibus seu aliunde probatis, vel judicialibus vel praetoriis vel tandem legalibus? Deficientibus textibus expressis, nonnisi ad ratiocinia ex analogia Legum subducenda nobis est confugiendum, operaque in hoc praesertim navanda, ut cum antiquis juris principiis Leoninam conciliemus constitutionem; hic enim rei cardo omnino versatur.

§. 13.

Ut vero a *Testamentario* pignore, creditori scilicet a Testatore constituto, initium faciamus, quaeritur de loco ei, in concursu cum conventionalibus, assignando? et an publicis vel privatis illud sit aequiparandum? Siquidem ad tempora ante - Leonina respiciamus, Testamentarium pignus, cum aliis quibuscunque non privilegiatis, ex sola temporis praerogativa aestimatum fuisse, ex supra dictis fatendum erit. Cum autem L. *scripturas* de tali pignore nihil prorsus edixerit, et praerogativam, publicis prae solis privatis concessam, in praejudicium aliorum, et nominatim Testamentarii, minime extenderit; inde ex rectiori sententia colligi potest, testamentaria pignora, sicuti ante, ita et post Leonis constitutionem, cum publicis concurrere. Huic accedit alia ratio. Quod si quidem praerogativa pignoris publici fidei majori,

quae instrumento publico habetur, tribui debeat, in proclivi est, eandem et hic valere rationem, cum testamentum ipsum, quo pignoris voluntate testatoris constituti probatio continetur, pro instrumento publico a legibus habeatur. Argumento est *L. 2. pr. D. testam quem. aper.* ubi: „*Ta-*
„bularum testamenti instrumentum non est unius ho-
„minis, hoc est haeredis, sed universorum, quibus
„quid illic adscriptum est: quin potius publicum
est instrumentum.“ Vix autem necessum habemus monere, hoc de testamento tantum perfecto, ac sua forma, in quavis specie legis necessitate requisita, instructo, intelligi. Nam, absque illa forma testamentum non subsistit: ea vero observata, in dubium revocari non potest, quin ut et alia testamenti capita longe majoris momenti, ita et pignoris datio, consistat, plenissimumque sortiatur effectum, ita ut illud testamentarium pignus, cum omnibus aliis quae Leges expressa dispositione ei non antetulerunt, ex temporis ordine concurrat. Ut ergo Viro Cel. *F. Chr. Harpprecht* (a) assentiamur, a nobis impetrare non possumus, qui in praerogativas pignoris in Testamento Principi oblato, vel apud acta iudicii condito, constitui, inquirens, illud publicis postponi et cum privatis concurrere, adfirmat; hoc scilicet subnixus fundamento, quod „*neque Princeps cui illud offertur,*
„neque Judex apud quem hoc alterum conficitur,
„de huiusmodi pignore, si testamentum vel in scriptis
„confectum vel nuncupativum implicitum sit, re-
„gulariter notitiam, ante talis Testatoris mortem,
„consequitur, sicque nec illud adprobat, nec de eo
„cognoscit, sed huiusmodi elogia simpliciter reci-
„vit etc.“ Nam, si tanti viri sententiae aliquid objicere liceat, haec principia magis ex doctrina

Juris Germanici de pignoribus judicis auctoritate et consensu constitutis, de quibus infra plura adducentur, quam ex Romano jure derivare videntur. Dum enim publicorum instrumentorum prioritatem prae privatis in L. 11. C. *qui potior.* adornavit Imperator, minime securitati creditoris, hypothecam sibi constitui curantis, ne scilicet talem, quae alteri jam sit devincta, accipiat, prospexisse creditur; cum haec cautio, ceteroquin sapientissima, ad Germanica instituta potius pertineat. Quinimo ad solam probationis certitudinem, ne in concursu verus aliquis creditor, fraudibus alterius concreditoris, cum debitore colludentis, deciperetur, respectum habuit Legislatores. Hujus veritatis argumento sunt quasi publica instrumenta, quae a tribus testibus tantum subscripta, ab omnibus aliis facile ignorari possunt. Probationis vero certitudinem omnino in Testamentario pignore occurrere, nemo non videt; cum ab ipsa Lege formam ad probandum necessariam obtinuerint Testamenta. Exinde sua sponte consequitur, quod etsi instrumentum publicum aliquandiu creditorem posteriorem latuerit, nullatenus ideo cesset esse publicum, nec hypotheca, quam tale loquitur instrumentum, eo ipso qualitatem publicae amittat. Quamobrem de Jure civili, Testamentum nihilominus publicum est instrumentum, etiamsi, ut in specie a *Dn. Harpprecht* proposita, statim ab initio publici juris haud factum fuerit, adeoque pignus quod isto testamento constitutum est, pro publico ex mente quidem Romanorum reputandum est.

(a) In Diff. d. *pig. publ.* § 3.

§. 14.

§. 14.

Quid porro de illo pignore tenendum, cuius constitutio per *Testes* Classicos, vel *quocunque alio modo*, plene legitimeque probatur? Hic vero omnis de instrumentis quaestio removetur; nam si ex ipso instrumento pignus sibi vindicat creditor, juris est plus quam evidentissimi, quod nisi publico vel quasi publico muniatur instrumento, nullam prae privatis sperare possit praerogativam. Nec cum V. C. *Hellfeld* (a) quaerendum est, an hypotheca coram tribus testibus masculis, integrae fidei, nulla interveniente scriptura, concessa, sit *quasi publica*; quod is equidem contra *Boehmervum* negantem (b) adfirmat. Etenim tres testes integrae fidei, ad formam instrumenti quasi publici ab Imperatore requisiti, nullum ad conventionem de pignore, sine scriptura initam, habere videtur respectum. Inde, etiamsi ab omni dubitatione expeditum esset, hypothecas tali conventionem constitutas, eodem jure gaudere ac publicae vel quasi, minime ideo *quasi publicae* dici mererentur, cum illa denominatio, illis solis hypothecis trium testium et partium subscriptione munitis, ex verbis L. *scripturas* conveniat. Melius itaque generatim quaeritur, quaenam sit praerogativa hypothecarum, aliunde quam ex instrumento plene probatarum, sive per testes vel quocunque alio modo; quin enim talia valeant pignora, per textus legum disertissimos dubitare haud licet. (c) Tales quidem hypothecas, ante Legem Leoninam, cum quibuscunque aliis non privilegiatis etiam concurrisse, nihil suppetit dubii. An vero ea constitutione earum mutatus fuerit status, nunc superest examinandum. Legem *scripturas* ad instrumenta et pignora instrumentis

probanda unice respicere, minime vero ad illa, quae sine scriptis conceduntur, jam supra tetigimus. Huic consequens est, horum ratione juri veteri nullatenus derogatum esse, hoc effectu, ut publicis postponantur. Minus itaque valere videtur *J. H. Boehmeri* argumentum, qui, dum hypothecis, testibus probatis, prioritatem prae privatis denegat, hanc sententiae suae reddit rationem: quod Imperator, trium testium, integrae opinionis subscriptiones, ad formam, et ut probationis per testes circuitus et ambages vitarentur, requisiverit. (d) Neque enim ex ista Constitutione constat, eam brevitatis in probatione studio latam esse ab Imperatore, cum potius ex verbis ipsius Legis aliam ejus rationem colligere liceat; eam scilicet, ut infinitae fraudes, quae instrumentorum privatorum confectio *secrete* fiunt, ita coërcerentur. Sed ponamus jam, quod formam quandam instrumentis quasi publicis praescripserit Imperator, vix inde concludere licebit, hypothecas sine instrumentis concessas, vel nullius prorsus momenti, vel saltim infirmioris juris factas fuisse. Pro illorum sententia, qui has hypothecas publicis aequiparari debere contendunt, militare quoque videtur argumentum a Novella 97. c. 4 desumptum. Etenim cum Justinianus privilegium admodum singulare illis, qui ad militiam emendam crediderint, tribuere vellet, ita ut non solum omnibus aliis creditoribus hypothecariis, ideo et publicis, sed etiam mulieri ipsi, hypothecam privilegiatam in bonis mariti ad repetitionem dotis habenti, praeferrentur, nec jus adeo singulare, nisi illi, qui nedum plene, sed etiam quodammodo solenniter probasset, concedendum putaret, exceptione quadam speciali, probationem talis hypothecae con-

stitutionis per testes fieri expresse vetuit. Hoc autem minime necessum habuisset Imperator, si hypothecae per nudos testes probatae privatis regulariter equiparandae fuissent, Sicuti enim hae, vel privilegio adornatae, publicis praeire non poterant (§ 11.) ita et illae hujusmodi privilegii jam antea incapaces fuissent. Justiniani igitur ordinatio, qua hac lege creditori propter militiam, privilegium praelationis prae aliis omnibus concedit, ut publicum edat instrumentum, prorsus inutilis ac supervacanea fuisset, si etiam ante illam non aliter privilegii capax fuisset creditor. At, si verum amamus, liquet per dictam constitutionem, quod, cum hypotheca per testes vel aliunde sine instrumento probata, aequae capax esset privilegii ac publica, Justinianus, qui, ut jam advertimus, quandam solemnitatem in probatione hujus summe privilegiatae hypothecae inducere decreverat, nonnisi singulari a jure communi exceptione uti debuit, dum probationem per testes faciendam in hoc argumento reprobavit. (e) Ne vero nobis ita disputantibus auctoritas desit aliorum ita calculos subducentium, id tantum allegare sufficit, antiquiorum Jurisconsultorum fere totam cohortem non dubitasse jura publicarum hypothecarum illi hypothecae, quam scriptura quidem privata loquitur, quaeque tamen a duobus testibus confirmatur, qui deponant de *veritate* in scriptura contentorum, concedere; cum minus hic ad scripturam ipsam, quam ad probationem plenam, e testimonio duorum virorum, de ipsius negotii existentia deponentium, emergentem, attendatur. Inter ita sentientes, imprimis numerandi veniunt *Baldus* (f) *Purpuratus*, (g) *Vinc. de Franchis*, (h) et plures adhuc allegati

allegati apud *Ant. Gabrieli*, (i) et *De Passeribus*, (k) quibus jungendi praecipue *Marescotus*, (l) qui in Rota romana ita iudicatum fuisse refert, nec non viri magnae hodiernum in foro auctoritatis *Gailius*, (m) et *Mevius* (n). Imo quoque hic non subsistunt alii Doctores, sed et permulta et fere innumera afferunt hypothecarum conventionalium exempla, quas, propter evidentiam probationis, privatis accenseri, pernegant. Si v. g. debitor confessus esset in iudicio, se ante hypothecasse, prout in scriptura privata continetur, quam ipse contraheret per publicum instrumentum; vel, si confessio probaretur emissā, tribus tantum testibus praesentibus, licet non in scriptis; si duo testes essent subscripti et adessent alia adminicula majoris ponderis et auctoritatis, quam unus testis. Si per tres testes litteratos et intelligentes, recognosceretur scriptura privata subscripta manu partium, quia assererent se vidisse dictam scripturam, antequam conficeretur publicum instrumentum. (o) Plura huiusmodi exempla videat cui volupe est. Unumquemque vero casum referre, in specialemque disquisitionem vocare, nec vacat nec opus est. Ast consultius faciemus, si haec omnia ad generaliora reducentes principia, inde communem quamdam regulam, omnibus casibus singularibus adplicandam, efformemus. Haec autem ita fere concipi potest. Si nonnisi ex instrumento praerogativam rogat creditor, tum ut illud formam habeat a *L. 11. C. qui pot. praescriptam*, necesse est. Ubi vero hypothecam sine instrumento constitutam allegat creditor, illamque plenissimis argumentis probat, nulla sufficiens adparet ratio, cur aliis publicis, vel quasi, postpo-

nendus sit; nec creditori etiam illud nocere videtur, quod scriptura negotio intervenerit, modo ex illa sola minus probante charta suas non hauriat probationes; sed aliunde de tempore ejus constitutionis legitime fidem faciat.

(a) *Diff. alleg.* §. 28.

(b) *Diff. alleg. Cap. I.* §. 8.

(c) *L. 4. D. de fide instr. L. 4. D. de pign. et hyp.*

(d) *loco cit.*

(e) Cf. *Rittershusius ad Nov. 97. In Jur. Justinian. Part. 3. Cap. 8. §. 8. cujus haec sunt verba:*
„Sed addit (Imperator) tunc demum hoc valere, si
„negotium gestum fuerit scripto, cui testes subscripse-
„rint: nam antea praeferebatur creditor, quamvis
„scriptura non accessisset: dummodo aliter probare pos-
„set veritatem rei gestae sive jus suum.“

(f) *Baldus in Codic. ad L. Scripturas n. 6. et in Con-*
sil. Lib. I. Cons. 198. n. 5.

(g) *Purpuratus in L. admonendi. D. d. jurejur.*
n. 170.

(h) *Vinc. de Franchis in Decis. 95. n. 7.*

(i) *Concl. Lib. X. §. 9.*

(k) *De Passeribus d. script. priv. Lib. I. Quaest. 8.*
Concl. 2. §. 11.

(l) *Her. Marescotus Resolut. L. I. c. 79. n. 13.*

(m) *Gailius observ. pract. L. II. obs. 25. n. 10.*
„Imo, etsi nulla privata scriptura confecta sit; tamen
„si constitutio hypothecae et quo tempore facta sit, te-
„stibus probari possit, creditor tempore prior praeferrri
„debet creditori posteriori habenti hypothecam publicam;
„quia non minorem fidem faciunt testes, quam instru-
„mentum publicum. L. in exercendis C. de fid. instr.“

(n) *Mevius Decis. P. VIII. Dec. 362.*

(o) *Gabriel c. l. §. 10. 11. 15. 17. De Passeribus*
c. l. §. 14. 16. 26. 27.

§. 15.

Nec aliud statuendum videtur in causa pignoris *judicialis* et *Praetorii*, in specie sic dicti, quae etiam cum publicis in pari gradu locanda

veniunt. Nam, ut id praetereamus, quod publica quoque quoad causam efficientem dici possint illa pignora; (res enim diversae naturae inter se ad hunc effectum non sunt componendae, ut consequentiae de una ad alteram deducantur) alia validiora argumenta illam nobis suadent sententiam. Non solum enim et hic valet idem ratiocinium de aliis speciebus jam habitum, quod per *L. scripturas* a gradu, quo olim ante distinctionem inter publicas et privatas hypothecas gaudebant, minime remotae fuerint judiciales hypothecae; sed et hoc etiam accedit, quod earum fides, nedum aequae certa, quin imo certior sit, ac publicorum pignorum, cum vel ex actis iudicis, vel decreto praetoris, de illarum origine indubie constet, et ita ratio legis hic manifesto cesset. Hoc autem obiter monere nos non pigebit, quod in pignore Praetorio in specie sic dicto, omnes creditores in bona debitoris missi et ita jus aequale habentes, inter se pari jure gaudeant, sine respectu temporis; (a) ast contra omnes alios creditores, diversi generis pignora habentes, prioritas temporis etiam hic observetur. (b)

(a) *L. 15. §. 15. D. d. damno infect.*

(b) *L. 2. C. qui prior in pign.*

§. 16.

Jam vero de loco hypothecarum *Legalium*, in collisione cum publicis et privatis, inquirere nobis superest. Quo autem paritatem juris inter legalia et publica pignora demonstremus, illa, quae iterata vice occasione testamentarii, praetorii, aliorumque pignorum, de objecto Legis Leoninae, supra posuimus, ne taedium Lectoribus movea-

mus, repetere opus non est. Sed tamen et ista optimo jure hic adplicationem inveniunt. Legales enim hypothecas, antequam Imperator inter publicas et privatas differentiam quamdam posuisset, cum publicis pari passu ambulasse, modo is, qui ad pignus legale provocat, de veritate facti, cui beneficium a lege concessum innititur, fidem legitime fecerit, juris est constantissimi; an vero, cum mere privatis illae revera concurrerint, non est adeo expeditum, ut potiores quidem negantium partes adpareant, sicuti supra sat prolixè deduximus. Legem vero *Scripturas* ad legales pertinere, nemo facile adfirmabit, quae scilicet sine instrumentis sua sponte subsistunt, existentiamque ac indolem suam nonnisi a Legibus ipsis accipiunt. Nullibi ergo reperitur Imperator, jure veteri abrogato, directe vel indirecte privilegium protopraxiae conventionalibus hypothecis, quas publica loquuntur instrumenta, prae legalibus innuisse. De tali tamen constitutione ut manifesto constaret, opus esset, cum jura nova in praejudicium eorum, qui ista Lege non comprehenduntur, introducuntur. Enimvero creditores hypothecarii legales tertii cujusdam partes revera agunt in hac lite, inter hypothecarios publicos et privatos mota, et ab Imperatore in L. 11. C. *qui potior.* decisa. Quae sententia cum Legalibus nocere nequeat, nihil est cur adfirmemus, eas gradu suo, quo antea cum publicis gaudebant, amisso, in Classē privatarum remotas et rejectas fuisse. (a)

(a) Idem sentit *Fr. Es. Puffendorf in Observat. Jur. Univers. Tom. 1. obs. 211. §. 3.*

§. 17.

Neque ad talem propugnandam sententiam

arma *Leyseri* (a) induere necessum habemus. Mancam enim esse illam hypothecarum legalium cum publicis comparationem, nec illum effectum fortiri valere, quod illi Classi privilegia, huic tantum propria tribuat, ac in pignus necessarium, seu Lege ipsa, etiam invito debitore, constitutum, praerogativam, nonnisi formae publicae instrumentorum in conventionalibus conscriptorum, a L. *Scripturas*, concessam, transferat, jam antea monuimus. Huic tamen *Leyseri* sententiae applaudit *Huberus* qui sequens exemplum hoc in argumento posuit. (b) Concursum fingit hypothecae conventionalis privatae tempore primae; porro Legalis tempore sequentis, et tandem conventionalis posterioris publico instrumento firmatae. Ita vero diversarum earum hypothecarum ordinat praerogativas, ut primum locum obtineat publica, secundum legalis, postremum denique privata; non obstante regula: vinco vincentem te, ergo et te, quae nempe tantum ad aequabile successorium, non ad diversos creditorum ordines, adplicari dicitur. Ast, si secundum ipsius *Huberi* principia, legales hypothecae etiam sunt publicae, harumque jure utuntur, non facile perspicitur, cur in exemplo proposito legalis publicae cedere debeat. Nec refert, quod hic etiam in collisione veniat hypotheca privata; cum enim utrique et Legali et publicae ex *Huberi* sententia postponatur, nullatenus illarum aequilibrium turbare potest. Si ergo in specie data legalis tempore prior etiam ordine prior remaneat, tum sequatur publica et deinceps veniat privata: principia paritatem jurium inter Legales et publicas stabilientia melius observarentur, ipsaque Legis ordinatio intacta subsisteret.

(a) *Meditat. ad Dig. Spec. 226. m. 1.*

(b) *In praelect. jur. civ. Lib. XX, tit. IV. §. 36.*

§. 18.

Temperamento quodam litem inter Doctores praerogativam pignorum legalium prae privatis affirmantes, aliosque illam negantes, componere voluit *J. H. Boehmerus* (a), mediam scilicet aperiens viam, et adferens, hypothecam legalem tunc tantum publicae jure gaudere, *si instrumento publico, quod super negotio et contractu principali confectum est, accesserit*; alioquin in ordinem privatarum eam reponendam esse arbitratur. Hanc autem opinionem absolute et sine ulla restrictione recipere, minus tutum nobis videtur. Nullibi enim in Legibus reperitur, ad constitutionem hypothecarum legalium ita pertinere publica instrumenta, ut his deficientibus praerogativam ordinis debeant amittere. Legem porro *11. C. qui pot. ad conventionales instrumento probatas*, potius quam ad alias pignorum species respectum habere antea observavimus, ita ut, sicuti pignora conventionalia per testes demonstrari Leges non vetant, ita nec legalia. Haec vero, cum majori quidem favore ac illa gaudeant, quippe a Legislatore ipso immediate data, meliori etiam jure ac illa publicis aequiparantur; modo tamen, mediis probandi legitimis, extra omne dubium positum sit et factum ipsum et praecipue tempus quo contractum est negotium, cui Leges securitatem ex pignore accedere voluerunt. Difficilius tamen negaretur, quod, ubi factum, cui Leges beneficium hypothecae indulserunt, non aliter quam scriptura privata demonstrari potest, tunc propter minus certae probationis vitium, illae dubiae hypothecae

prae aliis certioribus nullam obtineant prioritatem, quod certe ex principiis juris generalibus pronum alveo fluere videtur. Ideo non sine ratione pronunciaſſe videtur *Boehmerus*, hypothecas legales, ſolo privato innitentes inſtrumento, conventionalibus publicis poſtponi debere. Neque tamen id concedere poſſumus, illas ſolas, quas publica loquuntur inſtrumenta, publicis aequiparari, cum et alias plenas probationes hac in ſpecie Leges neutiquam reproben.

(a) *Boehmer Exerc. ad Pand. 60. Cap. 1. §. 15. in fine*, quem ſequitur *Westphal. in Lib. vom Pfandrecht. §. 167.*

§. 19.

Nec illorum etiam Doctorem, maximi ſane nominis, qui pignora legalia ad Claſſem privatorum indiſtincte referunt, numero et auctoritate deterriti (a), a noſtra dimovemur ſententia; huiusque tritae veritatis memores, opiniones potius ponderandas eſſe quam numerandas, ad examen ipſius controverſiae progredimur inſtituendum. Diſſentientium argumenta nonniſi a forma, quibus proponuntur, inter ſe diſtancia, deducuntur vel 1) a paritate jurium inter legales et privatas hypothecas antiquis Legibus conſtituta, nec a Leonina diſpoſitione ſublata, vel 2) a forma a dicta Legge, ſecuritatis fidei publicae gratia praefcripta; quae fides periclitari dicitur in Legalibus hypothecis, propter incertitudinem temporis earum conſtitutionis.

(a) *Lauterbach de tacit. pign. th. 48. Harpprecht Reſp. 92. Idem in D. de pign. publ. §. 5. 6. Schoepff in Conj. Tubing. Vol. IX. Conſ. 28. n. 45.*

§. 20.

Primum rationes ita fere subducunt hypothecarum legalium detractores. Hypothecas legales, ante L. *scripturas*, etiam ex sola prioritate, privatis potiores aestimatas fuisse, juris est plus quam evidentissimi. At Leo Imperator privilegium quoddam singulare publicis concedens, easque prae aliis altius extollens, legalium nullam habuit rationem; unde patet eas in pristino remansisse ordine; eo magis, quod privilegium tali Lege correctoria uni speciei indultum, ad alteram minime sit extendendum; ut haec juxta antiqui Juris principia hodiernum veniat aestimanda. Sed facilis videtur ad haec responsio. Jam supra enim de illo principio, quod Lex Leonis sit vere correctoria, merito dubitatum est. Nam creditorem, nullo alio medio, nisi scriptura privata inter se et debitorem secrete confecta, probantem, aliis creditoribus de hypotheca legali rite docentibus, sub specie suspectae cujusdam prioritatis, unquam praejudicasse, ex nullo juris textu defendi potest. Inde merum videtur esse figmentum, legales olim cum privatis, quorum admodum suspecta ex instrumento privatim seu secrete confecto est probatio, pari passu ambulasse; quin potius, cum omnibus conventionalibus, quomodocunque plene probatis, etiam sine publico instrumento, pari loco habitas fuisse, rationi juris evidentissime convenit. Evanescit ergo et hoc assertum, quod Leo Imperator jus vetus hic correxerit; nec melius dicunt, illum privilegium singulare publicis prae omnibus aliis tribuisse, cum in hac constitutione regula potius quaedam juris antiqui, scripturis privatis in genere adversantis confirmata, ac pignoribus diserte adpli-

cata, reperiatur. Sed etsi ponamus, privilegium quoddam publicas hypothecas accepisse, quo pacto valebit contra legales tale privilegium, quarum plane nulla mentio in ista Lege fit? Quod si certe dissentientium praevaleret opinio, legales hypothecas non recte a privilegio praelationis Lege Leonina constitutae amotas dixeris, quin potius eas e priori suo ordine detrufas, ac e possessione loci, ex antiqua juris dispositione eis competentis, sine Lege, nulloque accedente legitimo fundamento, dejectas fuisse, necessario inde consequeretur.

§. 21.

Similia fere opponi possunt huic argumento, e forma, quam ad securitatem fidei publicae in publicis proposuisse hypothecis praedicant Imperatorem, defuncto, quae cum in legalibus locum non habeat, eadem fraudes hic necti possent, quas in privatis coërceri, legislatoris prudentia postulavit. Colligunt inde, quod sicuti Legis ratio, ita et ejus dispositio hoc in argumento valere debeat. Sed forma ab Imperatore publicis praescripta neque ad legales spectat, neque eorum naturae convenit; in quibus scilicet instrumentum publicum saepius est incognitum. Habes exempla. Hypothecae *pupilli* in rebus pecunia sua emtis, qui publico instrumento minime probare potest, pecuniam fuisse suam, cum, illam etiam sine mutatione ad e mentem pervenisse, ad essentiam hujus hypothecae pertineat; *uxoris* in bonis mariti ratione paraphernalium; *Liberorum* in bonis patris respectu bonorum maternorum; in quibus omnibus speciebus, aliisque similibus, nullum confici solet instrumentum, nec ulla quidem culpa creditoribus, quod talem neglexerint cautelam, jure

obiici potest. Praeterea quamvis publicum instrumentum in legalibus hypothecis necessarium non sit, haud prorsus inde colligere licet, fraudibus eo ipso in his negotiis viam parari. Nullatenus enim ab obligatione, jus suum per testes vel aliunde plene probandi, immunis censendus est creditor; cum hunc effectum plane non habeat beneficium pignoris a Lege tributum, ut de negotio ipso, ex quo pendet tale jus, docere non teneatur ille, qui eo uti adpetit. Deficiente autem tali probatione, merito in classem privatarum rejicienda videtur haec dubia hypotheca; sive privilegium a Legibus acceperit, nec ne, ut supra (§. 11. 14.) de pignore coram testibus constituto monuimus.

§. 22.

Si vero paucis verbis haec omnia concludere licet, sequens regula, in ordinando diverforum pignorum concursu, juri et rationi dissona haud videtur. Quod, cum Leonis constitutio, inter publicas et privatas hypothecas, unice jus dicat, omnia alia pignora (modo nullo speciali utantur privilegio) sive voluntaria, testamentaria et conventionalia per testes vel aliunde sufficienter probata, sive necessaria, veluti praetoria, judicialia et tandem legalia, etiam aliter quam per publicum instrumentum sufficienter demonstrata, cum publicis non privilegiatis indistincte hodiernum concurrant; ad classem vero privatorum referantur illa omnia, quae privatam tantum scripturam, aliamve minus certam probationem pro se habent; sub quocunque veniant nomine et quocunque munita sint privilegio.

§. 23.

§. 23.

Exposuimus haëtenus Romanorum de pignore publico ejusque praerogativis principia: superest, ut quid hodie apud nos obtineat, videamus; ubi scilicet jure quidem Romano vivitur, sed ita, ut praecipuus locus patriis institutis et moribus habeatur; quo scilicet concursu Romanarum legum et patriorum institutorum de illarum applicatione ad negotia forensia anceps saepe quaestio fieri solet.

§. 24.

Quodsi Leges Romanorum de oppignorationibus percurramus, facile a quocunque observatur, in illis et alienationem et oppignorationem rerum suarum civibus justae aetatis integraeque mentis liberrimam relinqui: eamque facultatem liberrimam alienandi et oppignorandi adeo inesse videbatur naturae pleni dominii, ut in his magistratus neque consensu neque auctoritate opus esset. At non Germani tantum germanicaeque originis gentes, sed et aliae plures in alia omnia ibant. Etiam si enim illi in *mobilibus* liberrimam civibus suis dispositionem permetterent, *immobilium* tamen longe alia ratio habebatur. Etenim, cum nobiliorem partem substantiae constituere soleant res soli, expediatque reipublicae, ne quis re sua male utatur, factum inde est, ut multae sane gentes alienari eas res non aliter paterentur, quam magistratus auctoritate interveniente et dominio apud acta sollemniter abdicato. (a) Uti vero oppignratio via erat ad alienationem, imo vero quorundam populorum moribus jus pignoris proxime accedebat ad dominium utile ejusque naturam fere

induebat (b); ita non magis jus pignoris, quam dominium alicui constitui posse videbatur absque magistratus auctoritate; cujus rei non solum in Germania (c) frequentia supersunt vestigia, verum etiam in Gallia ita observari, testatur *Choppinus* (d), in *Hollandia van Leeuwen*, (e) ut alios praetereamus.

(a) Cf. *Lex Ripuar. tit. 59. §. 1. Ius prov. Sax. L. 1. art. 34. et 52. Lib. 2. art. 30. et Weichb. art. 20.* Plura dixerunt *Ge. Beyer in spec. Jur. Germ. L. 1. c. 19. et Heinecc. in Elem. Jur. Germ. Lib. 2. §. 24. 115. sqq.*

(b) Vid. *Thomas in D. de usu pract. distinctionis inter emt. vend. cum pact. de retrovendendo et contract. pignoris cum pacto antichretico.*

(c) Cf. *Schilter in Exerc. ad Pand. Ex. 33. §. 7.*

(d) *d. morib. Paris. Lib. 3. tit. 2. §. 20.*

(e) *in Censura forens. L. 4. c. 7. n. 9. 19.*

§. 25.

Ubicunque itaque ex peculiari patriae instituto detractum est facultati civium, res suas immobiles privatim oppignorandi, hoc quoque in necessitatem juris abiit, ut vel auctore magistratu constitueretur hypotheca, vel saltem rogatu debitoris infereretur in librum publicum, quem *das Hypotheckenbuch* apud nos appellare solent. Illud fane rationibus juris antiqui de prohibita bonorum immobilium, absque magistratus auctoritate oppigneratione convenientius videtur, ita, ut non tam ad publicam fidem eorum, quae apud iudicem geruntur, sed potius ad ejus consensum, quo opus omnino est in alienatione rerum immobilium, respectus habitus fuerit: necessitas vero insertionis in librum publicum ex noviori instituto derivare videtur, quo scilicet eo magis creditorum

securitati, ne fraudibus debitorum circumvenirentur, prospectum esset. Etenim cum homines prodigi dummodo bona immobilia possideant, facile inveniant, qui fidem suam sequantur et pecuniam credant, ac inde saepius contingat, ut aliquis ignarus hypothecarum antea constitutarum, quibus fundi debitoris jam pridem afficiuntur, se fatis putet securum, cum tamen fundi illi solutioni anterioribus creditoribus faciendae non sufficient: proficuo sane reipublicae consilio haec inscriptio hypothecarum in librum publicum, cujus facilis est inspectio ejus, a quo mutua petitur pecunia, constituta est. Isque finis etiam commodissime obtinetur, ubi hypothecarum in bonis immobilibus constitutio ex antiquiori instituto fit consensu magistratus, cum saltem in acta publica inscribi soleant ea, quae apud magistratum geruntur, quorum facile notitiam acquirere potest creditor securitati suae bene prospecturus.

§. 26.

Illud vero maxime observatione dignum est, quod, si quis omiserit, hypothecam aliquam libro publico inferere, vel magistratus auctoritatem requirere, varii inde effectus sequantur, quos Lex ista specialis expressos contineat necesse est. Aut enim plane nulla et invalida est istiusmodi hypothecarum constitutio, adeo ut creditor, qui contentus illa esse maluit, pro simplici tantum habeatur; aut valida quidem est, sed illicita, ut scilicet creditori jus quidem hypothecae competat, sed debitor, qui privatim illud constituit, poenae subjaceat; aut denique valida illa est aequae ac licita, ita tamen, ut creditor, qui privatim pignus sibi in re immobili constitui curavit, illi tantum

postponi debeat, qui securitati suae constitutione hypothecae judicis consensu firmatae vel saltem libro publico insertae prospexit.

§. 27.

Ex principiis haecenus expositis aestimari omnino debet illud Pignoris hypothecaeve genus, quod Doctoribus nostris quandoque *publici* nomine venire solet, ideo quod ejus constitutioni, statutario jure exigente, auctoritas magistratus accedere debet, quando de validitate hypothecae vel saltem praerogativa ejusdem prae alia qualicunque quaestio incidit. Sed et, quantum differat hoc publicorum pignorum genus, quod ex statutario jure originem traxit, ab eo, quod ex Romanorum jure descendit ac ideo publicum appellatur, quod constitutio ejus ex instrumentis publice confectis demonstrari potest, utrumque comparanti in oculos facile incurrit. Neque enim posterius auctoritate judicis praecise opus habet, cum et scriptura a tabellione confecta, vel a tribus testibus subscripta publicum pignus efficiat: Qualitas pignoris publici, sensu Romanorum talis, in probatione ex instrumentis publice vel quasi publice confectis facienda; publici vero, sensu juris statutarii talis, in constitutione pignoris, quae nonnisi judicis ejusdemque competentis auctoritate legitime fit, versatur. Plura non addimus, cum differentiae ex ipsa utriusque pignoris inspectione adpareant. Progredimur potius ad id, propter quod pignorum publicorum, juris romani et statutarii significatione talium, notiones et differentias haecenus exposuimus. (a)

(a) Cf. *Hellfeld in D. supra cit.* §. 38. seqq.

§. 28.

Scilicet in iis regionibus, quae hodiernum jure Romano, tanquam subsidario, utuntur, anceps saepius fit disputatio, quo loco haberi debeant eae pignorum species, quas subsidarium jus Romanum introduxit, quando cum statutorio isto pignore, quod publicum appellamus, concurrunt.

§. 29.

Primum quidem illud expeditum esse videtur, quod, si jure statutorio definiatur, aliud quodcunque pignus, praeter illud, quod publica magistratus auctoritate constitutum vel et libro publico insertum est, invalidum esse debere, de concursu pignoris tum privati, tum publici sensu Romanorum talis, cui scilicet requisita istius pignoris statutorii defunt, quaestionem non superesse. Superest vero concursus pignorum legalium eorumque omnium, quae non a debitore, sed v. c. ab ipsa lege vel magistratu constituuntur, quaeque Romanis judicialium nomine venire supra dictum est. Haec autem dispositione aliqua statutoria de pignoribus nonnisi consensu magistratus constituendis, non contineri, firmiter nobis persuasum est. Quamcunque enim rationem juris illius statutorii proponas, de eo certe nunquam dubitari potest, quod necessitatem legalem contineat, qua facultas civis cujuscunque, de re sua pro lubitu disponendi, ex ratione utilitatis publicae circumscribatur: quo fundamento inspecto oppido non perspicimus, quo pacto istiusmodi dispositio ad pignus ipsius legis vel et ipsius magistratus auctoritate constituendum pertinere queat.

§. 30.

Quodsi vero, admissa pignorum quorumcunque privatim constitutorum efficacia, Lege statutaria constituta saltem est pignorum publicorum prae istis praerogativa, alia rursus inspectio est, quam brevissimis ita definimus. I.) Inter ea pignora, quae a *debitore volente* creditoribus constituuntur, prima causa est eorum, quae *consensu et auctoritate magistratus* constituta, vel et, jure statutorio id admittente, *libro publico inscripta* sunt. Quae requisitis hisce qualitatibus sunt destituta pignora, illis omnino postponuntur, non admissa distinctione, siue instrumentis publicis siue privatis demonstrari queat, pignus creditori a debitore constitutum fuisse, i. e. siue sensu juris Romani publicum sit pignus siue privatum. Quae enim jure nostro statutorio vel in jure magistratus, alienationibus et oppignorationibus rerum potestati suae subjectarum consentiendi, vel in utilitate publica posita est ratio praerogativae pignoris publici, ad effectum perducere non potest observatione eorum, quae statuit jus Romanum de pignoribus ex instrumentis publicis vel quasi publice confectis, probandis, quibusque de eo saltem cavetur, ne creditoris pigneratitii, temporis praerogativa prae altero potioris, secreta debitoris cum creditore posteriore collusionem, falso in instrumento tempore expresso, evertatur. II.) Cum vero Lege hac statutaria nonnisi pignorum publica auctoritate constitutorum praerogativa statuatur; quod mutatum non est, stare non prohibetur. Neque vero mutata est *pignorum publicorum sensu juris Romani talium* prae *privatis* praerogativa, quae et ipsa, uti nos supra observavimus, ratione quadam

naturali nititur. Jure ideo, ut videtur, nos contendimus, inter pignora voluntate debitoris constituta, primum locum obtinere ea, quae publica juris statutarii sensu appellavimus, secundum pignora sensu juris Romani publica vel quasi publica, tertium denique privata. III.) Superest, ut de loco, quem in isto concursu, quae invito quoque debitore constituuntur, pignora *legalia* et *judicialia* obtineant, dispiciamus. Leges istas statutarias, quae praeter illa pignora magistratus auctoritate constituta librisve publicis inscripta, alias quascunque pignorum species non admittunt, ad illud pignorum genus, quod a lege vel iudice constituitur, nullatenus pertinere, supra (§. 30.) a nobis observatum fuit. Jam vero ex iisdem rationibus aequè expeditum videtur, nec praerogativam pignorum publicorum sensu juris statutarii talium prae aliis, ad pignora legalia vel judicialia recte produci. Quodsi enim ratio istius praerogativae in consensu magistratus oppignorationi accedente posita est, facile adparet, in pignore ipsius legis auctoritate constituto eandem, imo quoque fortiores omnino praerogativae rationem adesse, adeoque, nisi imperans legalis quoque pignoris constitutioni solemnitatem quandam judicialem adjici voluerit, istas constitutiones de pignorum publicorum praerogativa nonnisi strictam interpretationem admittere, quae scilicet alias pignorum species, quae ne ratione quidem istiusmodi Legis correctoriae continentur, in deteriorem conditionem non detrudat. Ita vero nihil omnino impedire videtur, quo minus pignora legalia eodem cum publicis passu ambulare contendamus. Ita sane in Hollandia, ubi registratarum s. libro publico in-

scriptarum hypothecarum eadem praerogativa obtinet, qualis apud nos hypothecarum magistratus auctoritate constitutarum, judicari, testes sunt *Ulr. Huberus* (a) *Jo. Sande* (b) et *Sim. van Leeuwen* (c) qui in Brabantia hypothecam judicalem posteriorem specialem legali priori anteferri tanquam rem plane singularem annotavit; imo quoque in Germania ejus rei adstipulatores habemus viros longe gravissimos et auctoritate forense conspicuos, quorum posterior hanc sententiam in ipsis rerum argumentis obtinuisse testatur *Frid. Es. de Puffendorf* (d) nec non *Dav. Ge. Struben.* (e)

(a) in *Praelect. ad Pand. tit. qui pot. in pig. §. 36.*

(b) in *Decis. Fris. L. 3. tit. 12. Def. 15.*

(c) in *Censura forens. P. I. C. 4. c. 9. n. 6.*

(d) in *Obj. jur. univ. Tom. I. Obj. 211. et Tom. III. Obj. 180.*

(e) in *rechtl. Bedenk. Tom. I. Bed. 19. Tom. V. Bed. 96.*

Finis Tomi prioris.

